

**THAYSE FEDALTO**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N° 9.637/1998 – LEI DAS  
ORGANIZAÇÕES SOCIAIS**

**CURITIBA  
2012**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N° 9.637/1998 – LEI DAS  
ORGANIZAÇÕES SOCIAIS**

Monografia apresentada pela acadêmica  
Thayse Fedalto ao Curso de Graduação da  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Paraná, como requisito parcial à obtenção  
do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Eneida Desiree  
Salgado

Co-orientador: Prof<sup>o</sup>. Msc. Tarso Cabral Violin

**CURITIBA  
2012**

TERMO DE APROVAÇÃO

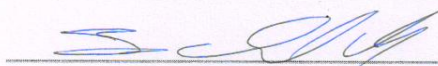
THAYSE FEDALTO

**A Inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/1998 - Lei das  
Organizações Sociais.**

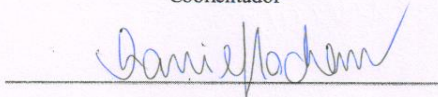
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de  
Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de  
Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte  
banca examinadora:



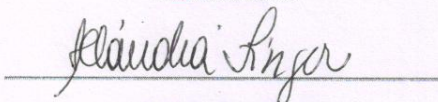
ENEIDA DESIREE SALGADO  
Orientador



TARSO CABRAL VIOLIN  
Coorientador



DANIEL WUNDER HACHEM - Direito Público  
Primeiro Membro



ANA CLAUDIA FINGER  
Segundo Membro

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha mãe, Roselani, mais conhecida como Zanza, cuja força e dedicação sempre foram para mim fonte de inspiração. Ao meu pai, Carlos, cuja retidão e serenidade me renderam bons conselhos. A ambos que, com carinho e amor incondicionais, sempre apoiaram todos os meus projetos e são meu porto seguro.

Agradeço aos meus avós, Thereza e Nathalio, Ignêz e Braz, que me ensinaram com sua simplicidade a importância de demonstrar afeto nos pequenos gestos e palavras.

Agradeço aos meus priminhos, Geovana e João Pedro, que com sua doçura de criança me proporcionaram momentos de descontração e divertimento dos quais com certeza eu precisava.

Agradeço a todos os meus queridos amigos sem os quais minha vida teria menos cores e, em especial, aos amigos que estiveram ao meu lado em – quase – todas as manhãs durante esses cinco anos, pela inigualável companhia que vai me fazer sentir falta dos nossos tempos na Santos Andrade. Obrigada Camila, Letícia, Bruna, Janaína, Luísa, Angélica, Tamira, Ana Flávia, Shimada, Eduardo, Evandro, Guilherme, Nagao, Felipe e Daniel.

Agradeço às minhas amigas de Campo Largo, Juliana, Daiane, Nady e Denise, irmãs que a vida me deu e amigades de longa data que somente se fortalecem com o tempo e a distância.

Agradeço ao Luiz Eduardo, pelo companheirismo sem o qual esta jornada teria sido bem mais difícil e pela paciência com que me aturou nos momentos de nervosismo.

Agradeço à minha orientadora, professora Eneida Desiree Salgado, que é exemplo de dedicação, bem como ao meu co-orientador, professor Tarso Cabral Violin, cuja obra despertou meu interesse pelo tema.

Por fim, agradeço aos professores que contribuíram para minha formação e me deram não só lições de direito, mas também lições de vida.

## RESUMO

O presente trabalho busca fazer uma análise das inconstitucionalidades da Lei Federal nº 9.637/98, Lei das Organizações Sociais, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923. Inicia pelas características do terceiro setor de forma geral, a fim de demonstrar o que está por detrás do discurso de seus defensores, para então tratar especificamente das organizações sociais, cuja Lei permite, ao arrepio do texto constitucional, a absorção por essas entidades dos serviços públicos não exclusivos ou sociais. Aborda, ainda, a questão da dispensa de licitação e a questionável possibilidade de cessão de servidores. Por fim, em razão da importância das atividades desempenhadas, trata da necessidade de aprimoramento nas formas de controle externo, destacando a atuação dos tribunais de contas e do Ministério Público.

**Palavras-Chave:** Direito Administrativo, Terceiro Setor, Organizações Sociais.

## RÉSUMÉ

Cette étude vise à analyser l'inconstitutionnalité de la Loi n° 9.637/98, loi sur les organisations sociales, objet de l'action direct de inconstitutionnalité n° 1.923. Démarre les caractéristiques du troisième système en général, afin de montrer ce qu'il ya derrière le discours de ses défenseurs, puis traiter spécifiquement des organisations sociales, dont la loi permet, au contraire du texte constitutionnel, la transfert à ces entités des services public non exclusives ou sociales. Il analyse aussi la question de la renonciation de la soumission et de la transférabilité discutable de serveurs. Enfin, étant donné l'importance des activités réalisées, répond à la nécessité d'améliorer les formes de contrôle externe, montrant le travail des Cours de compte et des procureurs.

**Mot-clés:** Droit Administratif, Troisième Secteur, Organisations sociales.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>1</b>  |
| <b>1 TERCEIRO SETOR E OS SERVIÇOS PÚBLICOS NÃO EXCLUSIVOS OU SOCIAIS.....</b>        | <b>4</b>  |
| 1.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS A RESPEITO DO TERCEIRO SETOR .....                           | 4         |
| 1.2 REFLEXOS DA LEI DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS SOCIAIS ..... | 11        |
| <b>2 FUGA DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO .....</b>                                | <b>21</b> |
| 2.1 DO PROCESSO DE QUALIFICAÇÃO .....  | 21        |
| 2.2 DA DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA CELEBRAÇÃO DOS CONTRATOS DE GESTÃO .....           | 26        |
| 2.3 CESSÃO DE SERVIDORES E FORMA DE CONTRATAÇÃO .....                                | 33        |
| <b>3 A INSUBMISSÃO A CONTROLES EXTERNOS .....</b>                                    | <b>38</b> |
| 3.1 NECESSIDADE DE CONTROLE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS .....                          | 38        |
| 3.2 DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO .....   | 43        |
| <b>CONCLUSÃO .....</b>   | <b>49</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>  | <b>51</b> |

## INTRODUÇÃO

Com a Constituição de 1988, conquistas progressivas da sociedade, sobretudo em relação aos direitos sociais, receberam status constitucional. Ao Estado foi reservado o papel principal na prestação dos serviços públicos, delineando-se um Estado de caráter social, responsável pela solução dos problemas sociais e pela garantia de um mínimo existencial a todos. Um Estado interventor, não meramente regulador, ao qual cabe atuar em prol do bem-estar e justiça social.

Ao arrepio do texto constitucional e sem que sequer o Estado de bem estar social estivesse consolidado no Brasil, instalou-se aqui o ideário do terceiro setor, setor público não estatal, supostamente capaz de atender às demandas sociais de forma mais eficiente, através de parcerias com o Estado para prestação dos serviços públicos não exclusivos ou sociais. O “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, elaborado pelo extinto Ministério da Administração e Reforma do Estado, refletiu essa tendência neoliberal, trazendo a proposta – que acabou colocada em prática – de substituir a Administração burocrática pela Administração gerencial, muito mais preocupada com resultados do que com procedimento.

Nesse contexto, foram elaboradas diversas leis para concessão de títulos para qualificação das entidades privadas sem fins lucrativos, dentre elas a Lei nº 9.637/98, das chamadas Organizações Sociais, cujo conteúdo o presente trabalho pretende analisar, focando em suas inconstitucionalidades, objeto, inclusive, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, na qual já se pronunciaram os Ministros Carlos Ayres Britto e Luiz Fux, ressaltando que o posicionamento por eles adotado também será tratado neste estudo.

Para tanto, no primeiro capítulo, é abordada a questão do terceiro setor de forma ampla, com o intuito de demonstrar as consequências práticas ocultas no discurso não tão sincero de seus defensores, que supostamente advogam pelo fortalecimento da sociedade civil. A partir do conceito gramsciano de Estado ampliado, busca-se demonstrar que os autores do terceiro setor fazem uma leitura equivocada da concepção do pensador italiano acerca da sociedade civil, resultando numa aparente eliminação dos conflitos de classe.



Em seguida, passa-se para análise especificamente das Organizações Sociais, abordando a primeira e mais evidente inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/98, qual seja, a de transferência dos serviços sociais ou não exclusivos para essas entidades, acarretando a desresponsabilização do Estado, de cuja atuação é retirada a prestação de serviços que, além de direito da sociedade, configuram deveres constitucionais do Poder Público dos quais não poderia se furtar. Nas áreas da saúde, educação, previdência social, cultura e meio ambiente, atividades previstas na Lei que podem ser desenvolvidas pelas Organizações Sociais, o constituinte colocou o Estado como principal prestador e não como mero fomentador de tais atividades.

Adiante com as inconstitucionalidades da Lei das Organizações Sociais, o segundo capítulo trata da fuga do regime jurídico administrativo que, em tese, seria a premissa necessária para garantir a eficiência na prestação de serviços, mas que na prática abre espaço para uma série de irregularidades na gestão dos recursos públicos repassados. Verifica-se grave problema já no processo de qualificação, previsto pela Lei como ato discricionário, mas que, se tratado como tal, acarreta tratamento desigual para entidades que apresentam as mesmas características e atendem aos mesmos critérios objetivos da Lei. Outro problema diz respeito à dispensa de licitação para celebração do contrato de gestão, principalmente considerando o repasse de atividades-fim do Estado, o que configura terceirização ilícita, diferente do repasse de atividade-meio, plenamente regular e que caracteriza verdadeiro fomento. Também se discute a exigência de licitação para contratação da organização social com terceiros, bem como as irregularidades na possibilidade de cessão de servidores e formas de contratação.

O terceiro capítulo trata da necessidade de controles externos aos quais as organizações sociais deveriam se submeter, para além do controle previsto pela Lei por meio do contrato de gestão e pela prestação de contas ao órgão ao qual a entidade está vinculada. Nessa missão, desempenham importante papel os tribunais de contas, cuja competência, embora não tratada na Lei, não deveria ser afastada tendo em vista as funções que lhe são atribuídas pela própria Constituição, para garantir a boa gestão do patrimônio público. Ao lado desse controle, também o

Ministério Público, em razão de sua atribuição na fiscalização de fundações e associações, bem como pela legitimidade na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, pode e deve atuar para garantir a correta aplicação dos recursos públicos repassados para as entidades do terceiro setor.

## 1 TERCEIRO SETOR E OS SERVIÇOS PÚBLICOS NÃO EXCLUSIVOS OU SOCIAIS.

### 1.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS A RESPEITO DO TERCEIRO SETOR

Antes de tratar especificamente das organizações sociais, seus reflexos e dos aspectos de inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/1998, indispensável fazer uma análise, ainda que breve e não com o objetivo de esgotar o tema, acerca do cenário maior no qual estão inseridas as organizações sociais, quadro este que demonstra a tendência (neoliberal) de transferência dos serviços públicos não exclusivos para a iniciativa privada ou para as entidades do terceiro setor<sup>1</sup>.

O “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, documento elaborado pelo extinto Ministério da Administração e Reforma do Estado, juntamente com a reforma administrativa instituída pela Emenda Constitucional nº 19/98, implantou o modelo de administração gerencial, cujo foco é o controle de resultados, pautado na eficiência, esta elevada ao *status* de princípio da Administração Pública ao ser incluída no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal pela Emenda acima citada.

Nesse contexto, passou-se a apontar a suposta ineficiência do Estado Social no atendimento às demandas sociais e, portanto, a necessidade de relegar à iniciativa privada a prestação dos serviços públicos não exclusivos. Trata-se de movimento para eliminar a administração burocrática, colocando o cidadão como beneficiário e buscando a redução de custos e melhoria na qualidade dos serviços<sup>2</sup>.

Entra em cena o terceiro setor, setor público não estatal, que restaria fortalecido com a retirada do Estado dos âmbitos social, político e econômico. Ocorre que os autores do terceiro setor o identificam com a sociedade civil, dentro da

---

<sup>1</sup> A expressão terceiro setor é controversa e não há consenso quanto às entidades que o compõem, razão pela qual, inclusive, Carlos Montañó emprega o termo sempre entre aspas, esclarecendo que “a escolha não é fortuita; é que, efetivamente, o conceito em questão tem tanto sua origem ligada a visões segmentadoras, ‘setorializadoras’ da realidade social (nas tradições positivistas, neopositivistas, estruturalista, sistêmica, funcionalista, do pluralismo e do institucionalismo norte-americano etc.), claramente distante do nosso referencial teórico-metodológico (...)”. Carlos Montañó. *Terceiro Setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. São Paulo, Cortez, 2002, p.16.

<sup>2</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: Uma análise crítica*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.90.

perspectiva de uma divisão tripartite da realidade social, produto de uma leitura equivocada do conceito de sociedade civil proposto por Antonio Gramsci, colocando sociedade civil, sociedade política e base econômica como três esferas autônomas.<sup>3</sup>

A fim de demonstrar o equívoco<sup>4</sup>, passa-se à análise, de forma rápida, de algumas passagens do pensador italiano. Antonio Gramsci, ao tratar do movimento do livre comércio, aponta o equívoco “na distinção entre sociedade política e sociedade civil, que de distinção metodológica é transformada e apresentada como distinção orgânica”.<sup>5</sup> Adiante, na mesma obra, abordando o tema da identificação de Estado e Governo, explica que tal identificação é uma reapresentação

da confusão entre sociedade civil e sociedade política, uma vez que se deve notar que na noção geral de Estado entram elementos que devem ser remetidos à noção de sociedade civil (no sentido, seria possível dizer, de que Estado = sociedade política + sociedade civil, isto é, hegemonia coraçada de coerção).<sup>6</sup>

Ainda, acerca do conceito, o autor reforça que “por ‘Estado’ deve-se entender, além do aparelho de governo, também o aparelho ‘privado’ de hegemonia ou sociedade civil”<sup>7</sup>, deixando claro que, em seu modelo, o conceito de Estado abarca sociedade civil e sociedade política. Assim, conforme explica Carlos Montaña, o modelo de Gramsci é bipartite, no qual sociedade civil e política estão situadas na superestrutura e a base econômica, na estrutura, numa visão de totalidade, não setorialista.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> MONTAÑO, Carlos. *Terceiro Setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. São Paulo: Cortez, 2002, p.121.

<sup>4</sup> Apenas para ilustrar a separação feita pelos autores do terceiro setor entre Estado e sociedade civil, cita-se passagem de Fernando Borges Mânica, de acordo com o qual com as reformas do aparelho de Estado iniciadas na década de 90 “foram redefinidas as fronteiras entre o Estado e sociedade civil, de modo que o Estado deixa de ser o único responsável pelo provimento direto dos recursos, bens e serviços necessários ao desenvolvimento da população e à realização da justiça social”. *Terceiro Setor e imunidade tributária: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 53-54.

<sup>5</sup> GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. v.3. 2. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p.47.

<sup>6</sup> GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. v.3, p.244.

<sup>7</sup> GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. v.3, p.254.

<sup>8</sup> MONTAÑO, Carlos. *Terceiro Setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*, p.124-125.

A concepção ampliada de Estado proposta por Gramsci tem origem na percepção do autor, a seu tempo, do fenômeno da “socialização de política no capitalismo desenvolvido, dessa formação de sujeitos políticos coletivos de massa”.<sup>9</sup> Explica Carlos Nelson Coutinho que o pensador pôde testemunhar a dinâmica dos grandes sindicatos e partidos proletários, o que o teria levado, dentre outros fatores, à conclusão de que o Estado não se resume a seus aparelhos repressivos (sociedade política, ditadura, coerção), mas também envolve os aparelhos privados de hegemonia, ou seja, a sociedade civil.<sup>10</sup>

Outro aspecto a ser considerado é que o modelo gramsciano não exclui as contradições da sociedade civil, ao contrário da leitura dos autores do terceiro setor, na qual se perde o caráter classista, despolitizando esse espaço<sup>11</sup>.

Tanto é verdade que não há eliminação dos conflitos de classe no modelo de Gramsci, que o autor coloca na chamada “guerra de posição” o centro da luta de classe. Trata-se da “conquista progressiva, ou processual, de espaços no seio e por meio da sociedade civil, visando à conquista de posições”.<sup>12</sup> Antonio Gramsci, ao comparar o campo político com o campo de batalha explica que:

a guerra de movimento torna-se cada vez mais guerra de posição; e pode-se dizer que um Estado vence uma guerra quando a prepara de modo minucioso e técnico no tempo de paz. A estrutura maciça das democracias modernas, seja como organizações estatais, seja como conjunto de associações na vida civil, constitui para a arte política algo similar à “trincheiras” e às fortificações permanentes da frente de combate na guerra de posição: faz com que seja apenas “parcial” o elemento do movimento que antes constituía “toda” a guerra.<sup>13</sup>

Seguindo o pensamento de Gramsci, a respeito das relações de força, o autor faz a distinção entre “momentos” ou “graus”. O primeiro deles é uma relação de forças sociais, exclusivamente objetiva, ligada à estrutura, com agrupamentos que

<sup>9</sup> COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político*. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.125.

<sup>10</sup> COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político*, p. 124-125.

<sup>11</sup> MONTAÑO, Carlos. *Terceiro Setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*, p.126.

<sup>12</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*, p.112.

<sup>13</sup> GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*, v. 3, p.24.

são reflexo da posição ocupada na produção. O segundo momento corresponde à relação das forças políticas, subdividindo-se em outros três: i) existência de solidariedade dentro do mesmo grupo profissional, momento com caráter econômico-corporativo; ii) solidariedade, ainda restrita ao campo econômico, entre todos os membros do grupo social; iii) superação do vínculo corporativo, transformando os interesses também no interesse de outros grupos subordinados, numa fase estritamente política. A relação das forças militares faz parte do terceiro momento.<sup>14</sup>

Interessante destacar, para o presente trabalho, as características daquela terceira subdivisão do segundo momento, quando ocorre a passagem da estrutura para a complexidade das superestruturas. Nesse momento, as ideologias, então transformadas em “partido”, “entram em confrontação e lutam até que uma delas, ou pelo menos uma única combinação delas, tenda a prevalecer [...] criando assim a hegemonia de um grupo social fundamental sobre uma série de grupos subordinados”.<sup>15</sup>

Com isso, possível identificar que, diferente da leitura proposta pela maioria dos autores do terceiro setor, no modelo de Gramsci perduram os conflitos de classe, disputa que se dá na sociedade civil, ainda que de forma parcial, por meio da conquista gradual de posições. Carlos Nelson Coutinho, a respeito da “guerra de posições”, explica que “a conquista do poder do Estado, nas sociedades complexas do capitalismo recente, deve ser precedida por uma longa batalha pela hegemonia e pelo consenso no interior e através da sociedade civil, isto é, no interior do próprio Estado em seu sentido amplo”.<sup>16</sup>

É essa a posição adotada por Carlos Montañó, que afirma que as contradições de classe estão sim presentes no conceito gramsciano de sociedade civil, apontando que o problema de todo o cenário do terceiro setor está justamente:

na despolitização operada no “terceiro setor”, na retirada das contradições de classe (que estão presentes no conceito gramsciano de sociedade civil), na sua desarticulação com as esferas estatal e infra-estrutural e, portanto, no efeito de encobrir a lógica “liberal-

<sup>14</sup> GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*, v. 3, p.40-44.

<sup>15</sup> GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*, v. 3, p.41.

<sup>16</sup> COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político*, p.135.

corporativa” que termina assumindo essa proposta supostamente “democratizadora”, dando (resignadamente) como fato a retirada do Estado das respostas à “questão social” e à “flexibilização” (ou esvaziamento) de direitos sociais, econômicos e políticos, historicamente conquistados e garantidos pelo Estado democrático e de direito (nos países centrais), ou a maior precarização, descentralização e focalização da já reduzida intervenção social do Estado (nos países periféricos).<sup>17</sup>

A despolitização a que se refere o autor também se manifesta no fato de que as organizações e movimentos sociais, ao adotarem uma postura de articulação com o Estado, deixam de exercer perante este o papel de cobrança. Opera-se, por meio das parcerias, transferência de recursos públicos para as entidades do terceiro setor, tidas como a melhor solução contra a ineficiência da Administração na prestação de serviços públicos<sup>18</sup>.

Esse efeito negativo vem mascarado sob a retórica de fortalecimento da sociedade civil, pois um Estado forte, interventor, representaria a redução da participação da sociedade civil e sua consequente desarticulação, impedindo a concretização de um espaço público. Não é esse o entendimento de Emerson Gabardo, de acordo com o qual:

não parece correto asseverar que o repasse de atividades à sociedade civil, sob a perspectiva de abandono do intervencionismo típico do Estado social (que é dominante), realmente propicie a construção de um verdadeiro espaço público. Pelo contrário, nada mais faz do que colaborar à tradição personalista típica da realidade histórica brasileira e seus mal-sucedidos projetos retórico-jurídicos de modificação das condições sociais.<sup>19</sup>

Importante destacar que Gramsci diferencia as “sociedades ocidentais” das “sociedades orientais” com base na relação entre Estado e sociedade política, colocando que no Oriente o Estado “era tudo”, com uma sociedade pouco desenvolvida, enquanto no Ocidente havia entre Estado e sociedade civil uma

<sup>17</sup> MONTAÑO, Carlos. *Terceiro Setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*, p.129.

<sup>18</sup> MONTAÑO, Carlos. *Terceiro Setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*, p.145-156.

<sup>19</sup> GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.129.

relação equilibrada<sup>20</sup>. Entretanto, não se pode inferir a partir de tais considerações a máxima dos autores do terceiro setor de que um Estado interventor impede o desenvolvimento de uma sociedade civil forte, porque em Gramsci a sociedade civil compõe o Estado, em sentido amplo, o que não se verifica nas sociedades orientais, nas quais se observa um Estado ainda “restrito”.

Outro problema na literatura do terceiro setor levantado por Carlos Montaña refere-se à equiparação entre Estado e governo, feita na verdade para evitar os questionamentos acerca do caráter não governamental das entidades desse setor. Não são estatais, mas a parceria, que é com o Estado, sem dúvida “segue uma política governamental”.<sup>21</sup>

Cabe questionar, ainda, se as entidades do terceiro setor e, em especial as organizações sociais, que são foco do presente estudo, de fato são mais eficientes no desempenho das atividades estatais, considerando que a busca pela eficiência é o principal fundamento para aplicação desse modelo. Paulo Modesto, ao tratar da reforma administrativa, aponta que o objetivo é “aumentar a eficiência dos serviços sociais oferecidos ou financiados pelo Estado, atendendo melhor o cidadão a um custo menor, zelando pela interiorização na prestação dos serviços e ampliação do seu acesso aos mais carentes”.<sup>22</sup>

Entende-se que o afastamento do regime jurídico administrativo não é a resposta única e necessária para a realização do princípio da eficiência, tendo em vista a possibilidade da atuação das entidades do terceiro setor em favor de interesses próprios, não atendendo ao interesse público, além de estarem sujeitas aos mesmos vícios dos quais o Estado é acusado.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar o capítulo “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”, aduz que:

---

<sup>20</sup> GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*. 8. ed. Trad. Luiz Mario Gazzaneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p.74-75.

<sup>21</sup> MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*, p.137.

<sup>22</sup> MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil. In: MEREGE, Luiz Carlos; BARBOSA, Maria Nazaré Lins (Orgs.). *Terceiro setor: reflexão sobre o marco legal*. reimp. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2001, p.13.



é claro que a Constituição brasileira apresenta-se como uma estampada antítese do neoliberalismo, pois não entrega a satisfatória organização da vida econômica e social a um suposta (e nunca demonstrada) eficiência do mercado. Pelo contrário, declara que o Estado brasileiro tem compromissos formalmente explicitados com os valores que nela se enunciam, obrigando a que a ordem econômica e a social sejam articuladas de maneira a realizar os objetivos apontados<sup>23</sup>.

Resta saber, por fim, se esse modelo de fato é compatível com o modelo de Estado de bem-estar social consagrado pela Constituição de 1988. Pretende-se demonstrar, o que será tratado adiante de forma mais específica, que a desresponsabilização do Estado que resulta da transferência de recursos e prestação de serviços não condiz com a dicção constitucional, que é bem explícita ao desenhar um Estado social, responsável pelo bem estar e justiça social. É nesse sentido que Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que:

existindo um projeto tão claro e evidente no qual foi cometida ao Estado a função de protagonista necessário da implementação destes bens jurídicos [bem-estar e justiça social], fica liminarmente rejeitada do modo mais radical possível qualquer veleidade de acolhida do neoliberalismo ou de absenteísmo estatal, pois isto seria precisamente a negação do que foi irrogado como um dever ao estado Brasileiro<sup>24</sup>.

Ao contrário do caráter social impresso ao Estado pela Constituição Federal, coloca-se a Lei das Organizações Sociais, cujo condão, embora não posto de forma explícita, é a transferência de serviços públicos que seriam dever do Estado, mas passarão a ser prestados pelo terceiro setor, conforme tratado no ponto seguinte.

---

<sup>23</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.808.

<sup>24</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p.828-829.

## 1.2 REFLEXOS DA LEI DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS SOCIAIS

Considerando que o presente trabalho tem como um de seus objetivos analisar os aspectos da Lei nº 9.637/1998 e suas implicações no âmbito de atuação do Estado no tocante à prestação de serviços públicos, importante tratar, embora de forma rápida, do conceito de serviço público.

Marçal Justen Filho explica que no Brasil se tem um conceito mais restrito, diferente do conceito utilizado na França, onde foi desenvolvido para indicar todas as atividades estatais. Para o autor, serviço público trata-se de:

uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.<sup>25</sup>

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o serviço público se volta à satisfação da coletividade, mas sua fruição é individual. É serviço público aquele que o Estado toma como seu dever, prestando por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes “sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”.<sup>26</sup>

Maria Sylvia Zanella di Pietro, por sua vez, de certa forma amplia o conceito, entendendo por serviço público “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.596.

<sup>26</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.687.

<sup>27</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.103.

Como se vê, não é um conceito pacífico na doutrina. Enquanto para Marçal Justen Filho somente será serviço público se prestado sob regime de Direito Público – assim como aparece no conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello –, para Maria Sylvia pode ser prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes sob regime total ou parcialmente público.

Deixando de lado as discussões quanto aos elementos - subjetivo, formal e material – caracterizadores do conceito de serviço público e as mudanças em relação à sua concepção original, interessa aqui a distinção entre serviços públicos privativos e não privativos do Estado. Aqueles são os previstos na Constituição Federal em seu artigo 21, incisos XI e XII, assim como outros que demandam a realização de atos de império, que deverão ser prestados diretamente pela União ou indiretamente por meio de autorização, concessão ou permissão; estes deve o Estado desempenhar, mas também é lícito aos particulares fazê-los, independente de concessão.<sup>28</sup>

Dentre os serviços sobre os quais o Estado não detém titularidade exclusiva, aponta Celso Antônio Bandeira de Mello a existência de quatro espécies: serviços de saúde, de educação, de previdência social e de assistência social, serviços estes que não pode o Estado deixar exclusivamente a cargo de terceiros.

Ainda, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar do conceito de serviço público *social* como aquele em que a atuação do Estado é essencial, atendendo a necessidades coletivas, em concomitância com a atuação da iniciativa privada, indica como exemplos os serviços de saúde, educação, previdência, cultura e meio ambiente.<sup>29</sup>

Nesse sentido são os ensinamentos de Tarso Cabral Violin a respeito dos serviços públicos sociais:

entendemos que os serviços sociais devem *obrigatoriamente* ser exercidos pelo Estado, sob regime de Direito público, como serviços públicos sociais. Eles diferem dos serviços públicos privativos, uma

---

<sup>28</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros: 2011, p.702-706.

<sup>29</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.110-114.

vez que estes são privativamente de titularidade do Estado, prestados diretamente pelo Poder Público ou mediante concessão ou permissão de serviços públicos.

Entretanto, os serviços sociais não serão executados exclusivamente pelo Estado, pois tanto o mercado quanto o “terceiro setor” poderão prestá-los, independentemente de concessão ou permissão, bastando em alguns casos uma autorização do Poder Público, que exercerá controle via poder de polícia. Neste caso, estes serviços serão denominados apenas de sociais, e não de serviços públicos sociais, pois apenas os serviços de titularidade do Estado são considerados como serviços públicos.<sup>30</sup>

Sendo assim, possível extrair do regramento constitucional a delimitação do campo de atuação exclusiva do Estado, em que atua direta ou indiretamente, bem como do espaço não exclusivo, no qual a atuação complementar da iniciativa privada independe de qualquer autorização. Entretanto, mesmo quando se trata de serviços não exclusivos, não pode o Poder Público deixar integralmente nas mãos dos particulares, especialmente e o que se destaca para a presente análise, os serviços de saúde, educação, previdência, cultura e meio ambiente.

A seguridade social, conforme artigo 194 da Constituição Federal, compete ao Poder Público e à sociedade, sendo que o texto constitucional em nenhum momento coloca a sociedade como principal responsável por essas políticas.<sup>31</sup> A saúde, ensina José Afonso da Silva<sup>32</sup>, enquanto direito de todos e dever do Estado, deve ser por este garantida por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e outros problemas. A iniciativa privada pode prestar assistência à saúde, atuando de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, mas ficam a cargo do Poder Público as ações e serviços públicos de saúde.

Quanto à previdência social, consoante os artigos 201 e 202 da Constituição, será de responsabilidade do Estado, desempenhando a previdência privada papel complementar.

---

<sup>30</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.46.

<sup>31</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. Estado, ordem social e privatização – as terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do “terceiro setor”. In: \_\_\_\_\_. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*, p.304-305.

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.833-834.

Direito de todos e dever do Estado é também a educação que, como atributo da pessoa humana, deve ser comum a todos, noção que é contemplada nos artigos 205 a 214 da Constituição Federal. Como cabe ao Poder Público possibilitar a todos esse serviço público essencial, dá-se preferência ao ensino público, tendo a iniciativa privada papel secundário.<sup>33</sup>

A respeito da cultura e direitos culturais, prevê a Constituição Federal que o Estado deverá garantir a todos seu pleno exercício, bem como é incumbência do Poder Público “promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e capacitação tecnológica”.<sup>34</sup>

Para a comunicação social, pelo artigo 223 da Carta Magna, o Estado fica obrigado a prestar diretamente os serviços de radiodifusão, que não podem ficar exclusivamente sob a responsabilidade da iniciativa privada, com ou sem fins lucrativos.<sup>35</sup>

A Constituição dispõe em seu artigo 217 que é dever do Estado fomentar o desporto, única área em que o Estado é colocado pelo texto constitucional como fomentador e não como protagonista principal.<sup>36</sup>

Por fim, na dicção constitucional, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, é direito de todos, razão pela qual cumpre ao Estado e à coletividade sua defesa e preservação. No §1º do artigo 225 da Constituição estão enumeradas as medidas que devem ser tomadas pelo Poder Público para assegurar a efetividade desse direito.<sup>37</sup>

Feitas estas considerações, demonstrando a importância dos serviços públicos mencionados, bem como o papel principal que recebe o Estado pelo

---

<sup>33</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.840-842.

<sup>34</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.848.

<sup>35</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p.705.

<sup>36</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. Estado, ordem social e privatização – as terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do “terceiro setor”. In: \_\_\_\_\_. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*, p.308.

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.849-850.

desenho constitucional na sua prestação, passa-se à análise dos reflexos da Lei das Organizações Sociais nesse cenário.

O Ministro Carlos Ayres Britto, em relatoria da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, proposta pelo Partido dos Trabalhadores - PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, aponta em seu voto que o regime constitucional dos serviços públicos encontra no artigo 175 da Constituição Federal o seu ponto central, de acordo com o qual “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Referido dispositivo se contrapõe ao princípio da livre iniciativa insculpido no artigo 170 também da Carta Magna, este “consagrador da ideia-força de que as atividades econômicas são próprias da iniciativa privada”.<sup>38</sup>

Dos contornos dados pelo texto constitucional, conclui o Ministro que, no tocante à prestação de serviços públicos, o Estado aparece como protagonista, papel diverso do que exerce quando se trata da atividade econômica, na qual atua como agente normativo e regulador.

Na esteira da distinção entre serviços públicos exclusivos e não exclusivos acima referida, o Relator enumera como serviços que são de titularidade estatal, porém não de forma exclusiva, “as atividades de saúde pública, educação e ensino, cultura, previdência social, meio ambiente, ciência e tecnologia, assistência social”, atividades indicadas no artigo 1º da Lei nº 9.637/98 e consideradas mistamente públicas e privadas, destacando que “se prestadas pelo setor público, são atividades públicas de regime jurídico igualmente público. Se prestadas pela iniciativa privada, óbvio que são atividades privadas, **porém sob o timbre da relevância pública**” (grifos no original).

O Ministro Ayres Britto passa então à análise do conteúdo da Lei nº 9.637/98, destacando o equívoco da expressão “Programa Nacional de

---

<sup>38</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, Relator Min. Carlos Ayres Britto, Data de Julgamento 31/03/2011, Sessão Plenária, Publicação ata de julgamento: DJE nº 67, de 07/04/2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_rel\\_1923.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_rel_1923.pdf)>, p.1. Acesso em 11/02/2012.

Publicização”, eis que para ele o que se extrai do artigo 20 da referida Lei <sup>39</sup> nada mais é que um programa de privatização, claramente inconstitucional. Isso porque a Lei nº 9.637/98 abre ao Estado a possibilidade de transferir toda a prestação de serviços públicos de saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia, em indevida substituição e não mera complementação à atuação do Poder Público, o que poderia acarretar a extinção de estabelecimentos oficiais de ensino ou serviços públicos de saúde, tendo em vista que a organização social, integrante do chamado terceiro setor, não compõe a Administração Pública.

Totalmente contrário a esse entendimento foi o voto do Ministro Luiz Fux<sup>40</sup>, que não enxerga a Lei das Organizações Sociais como esvaziamento do Poder Público no cumprimento de seus deveres constitucionais de prestação das atividades enumeradas no artigo 1º da Lei. Partindo da premissa de que o Estado pode intervir no domínio econômico e social de forma direta ou indireta, busca o Ministro demonstrar que a escolha do modelo de intervenção fica a cargo dos agentes democraticamente eleitos.

Na concepção de Fux, a forma de atuação do Estado é uma questão de projeto político, devendo se adequar às necessidades prementes de cada época, não importando a proporção entre intervenção direta ou indireta, desde que atendida a finalidade fixada no texto constitucional, qual seja, a de prestação dos serviços sociais. Destaca o ministro que a decisão sobre a forma como serão atingidos os resultados, se pela via do fomento ou pela intervenção direta, “ficará a cargo, em cada setor, dos mandatários eleitos pelo povo, que assim refletirão, como é próprio

---

<sup>39</sup> “Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização - PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente; II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; III - controle social das ações de forma transparente”.

<sup>40</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, Min. Luiz Fux, Data de Julgamento 19/05/2011, Sessão plenária, publicação da ata de julgamento DJE nº 100, de 27/05/2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_ADI1923LF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADI1923LF.pdf)>. Acesso em 11/02/2012.

às democracias constitucionais, a vontade prevalecente em um dado momento histórico da sociedade”<sup>41</sup>.

Afasta, assim, qualquer leitura do texto constitucional como modelo único e engessado a respeito da intervenção estatal no domínio econômico e social, motivo pelo qual entende constitucional a opção demonstrada na Lei nº 9.637/98, voltada para o fomento como forma de cumprimento de alguns deveres constitucionais do Estado.

Aduz, ainda, o Ministro Luiz Fux que a Lei não obriga o Estado a deixar de atuar de forma direta nos setores elencados no artigo 1º, embora o tenha feito em relação às entidades públicas mencionadas no artigo 21<sup>42</sup>, decisão esta que igualmente não representaria ofensa à Constituição Federal, pois como dito acima, na sua visão, o desenho constitucional permite tanto a atuação direta quanto indireta em tais áreas, contanto que haja controle do ponto de vista do resultado.

Na mesma linha de argumentação do Ministro Fux, Paulo Modesto sustenta que se o Estado não presta diretamente os serviços sociais de interesse público, nem por isso se reduz a ente regulador, destacando também que “não prover diretamente o serviço não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas”.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, Min. Luiz Fux, Data de Julgamento 19/05/2011, Sessão plenária, publicação da ata de julgamento DJE nº 100, de 27/05/2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_ADI1923LF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADI1923LF.pdf)>, p.20. Acesso em 11/02/2012.

<sup>42</sup> “Art. 21. São extintos o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, e a Fundação Roquette Pinto, entidade vinculada à Presidência da República. § 1º Competirá ao Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado supervisionar o processo de inventário do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, a cargo do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, cabendo-lhe realizá-lo para a Fundação Roquette Pinto. § 2º No curso do processo de inventário da Fundação Roquette Pinto e até a assinatura do contrato de gestão, a continuidade das atividades sociais ficará sob a supervisão da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República. § 3º É o Poder Executivo autorizado a qualificar como organizações sociais, nos termos desta Lei, as pessoas jurídicas de direito privado indicadas no Anexo I, bem assim a permitir a absorção de atividades desempenhadas pelas entidades extintas por este artigo. § 4º Os processos judiciais em que a Fundação Roquette Pinto seja parte, ativa ou passivamente, serão transferidos para a União, na qualidade de sucessora, sendo representada pela Advocacia-Geral da União”.

<sup>43</sup> MODESTO, Paulo. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil. *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, vol. I, n. 5, ago/2001. Disponível em: <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em 02/10/2012.



De fato, a Lei nº 9.637/98 não prevê de maneira expressa que o Estado deixe totalmente de prestar os serviços sociais do artigo 1º, mas, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro “é evidente e resulta nela implícito que as organizações sociais vão absorver atividades hoje desempenhadas por órgãos ou entidade estatais”<sup>44</sup>, o que não é possível admitir, vez que não pode o Estado se esquivar de seus deveres constitucionais.

Mais que isso, a absorção de serviços públicos pelas organizações sociais não se trata de mera escolha política, respaldada no argumento de que a Constituição permite, ao bel prazer do governante, dosar a atuação direta ou indireta do Estado. Pelo contrário, tal transferência ocorre ao arrepio do artigo 175 da Constituição.

Importante lembrar também que a Constituição Federal, em seu artigo 196, coloca a saúde como dever do Estado, assim como o são a educação e o ensino, conforme artigos 205, 206 e 208, cabendo ao Poder Público prestá-los diretamente e não os adjudicar às organizações sociais<sup>45</sup>, sobretudo considerando que a verdadeira intenção da Lei parece ser privatizar a forma de gestão do serviço público, não se tratando propriamente de atividade de fomento. Nesse ponto, são claros os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella di Pietro ao tratar da distinção entre organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público<sup>46</sup>:

(...) nas organizações sociais, o intuito evidente é o de que elas assumam determinadas atividades hoje desempenhadas, como serviços públicos, por entidades da Administração Pública, resultando na extinção destas últimas. Nas organizações da sociedade civil de interesse público, essa intenção não resulta, implícita ou explicitamente, da lei, pois a qualificação da entidade como tal não afeta em nada a existência ou as atribuições de entidades ou órgãos integrantes da Administração Pública.

No debate quanto à natureza desse processo, se de privatização ou publicização, Fernando Borges Mânica apresenta dois significados para o termo

---

<sup>44</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p.512.

<sup>45</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p.241.

<sup>46</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p.517.

publicização. Um deles diz respeito à atuação de entidades do terceiro setor na prestação de serviços de interesse público; o segundo, “à transformação de entidades públicas em entidades privadas sem fins lucrativos.”<sup>47</sup> e somente neste segundo haveria contradição no uso da expressão

Por outro lado, Carlos Montaña, que não faz a distinção dos dois significados para o termo publicização, critica seu emprego, pois designa, na prática, um verdadeiro processo de privatização,<sup>48</sup> posicionamento aqui adotado. Possível afirmar, portanto, em concordância com o entendimento do Ministro Ayres Britto, que o Programa Nacional de Publicização resulta, na verdade, em uma forma de privatização, utilizada, em última análise, para evitar o regime jurídico administrativo. Não há como concluir de forma diversa, principalmente quando considerado que a organização social, ao absorver atividade prestada por entidade estatal, fará uso do patrimônio público e dos servidores públicos do ente extinto, mascarando situação que deveria estar submetida ao regime de direito público<sup>49</sup>.

Esta fuga do regime de direito público beneficia a organização social, que fica dispensada da realização de licitação, pelo artigo 17, II, *a* da Lei nº 8.666/93, tampouco precisa realizar concurso público para a contratação de pessoal, mas resulta em outros problemas observados na Lei nº 9.637/98, aspecto que será abordado no capítulo seguinte.

Além da redução da responsabilidade do Estado no cumprimento de seus deveres constitucionais e o intuito de escapar ao regime de direito público, outro aspecto a ser analisado são os reflexos dessa nova forma de prestação de serviços sob o enfoque dos direitos. Com a retirada da responsabilidade do Estado, o acesso às políticas sociais e assistenciais, que antes era universal, com igualdade de acesso e baseado na responsabilidade social e diferencial, passa a ser individualizado<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro Setor e Imunidade Tributária: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.49.

<sup>48</sup> MONTAÑO, Carlos. *Terceiro Setor e Questão Social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*, p.135-136.

<sup>49</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.267-271.

<sup>50</sup> MONTAÑO, Carlos. *Terceiro Setor e Questão Social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. São Paulo: Cortez, 2002, p.186-198.

Essa nova forma de resposta à questão social, termos estes utilizados por Carlos Montaña, mitiga o direito à saúde, educação, seguridade e assistência social, ao colocá-los como prestações pontuais, adequadas a cada grupo.

O resultado disso não é positivo, pelo contrário, tendo em vista que se tem

a realização de, por um lado, um serviço social privado, dirigido aos segmentos possuidores de renda, e de qualidade adequada ao seu poder aquisitivo e, por outro, políticas sociais estatais ou de entidades filantrópicas, de qualidade duvidosa, sem garantia de direito e com imagem de doação; portanto, criação de um sistema diferenciado de atendimento às necessidades individuais segundo o poder aquisitivo.<sup>51</sup>

As organizações sociais são exemplo da nova modalidade de resposta à “questão social” a que Carlos Montaña se refere, também acarretando, portanto, uma prestação individualizada e pontual de direitos que deveriam ser universais e de amplo acesso, ressaltando que, conforme o próprio autor conclui, por detrás da autorresponsabilização dos usuários particulares se oculta “um verdadeiro processo de desresponsabilização estatal (e do capital) com a resposta às sequelas da ‘questão social’”.<sup>52</sup>

Sendo assim, mais adequado o entendimento exarado no voto do Ministro Ayres Britto, que declara a inconstitucionalidade dos artigos 18 a 22 da Lei nº 9.637/98, por promoverem a absorção dos serviços públicos não exclusivos pelas organizações sociais, em flagrante ofensa ao artigo 175 da Constituição, bem como em razão da desoneração do Estado no cumprimento de seus deveres Constitucionais, a exemplo dos artigos 196, 205 e 206 da Constituição, que colocam saúde, ensino e educação. Como dito, o intuito da Lei é promover, na prática, a privatização dos serviços enumerados em seu artigo 1º, como forma de fugir do suposto engessamento do regime de direito público, o que será demonstrado mais adiante no presente trabalho.

---

<sup>51</sup> MONTAÑO, Carlos. *Terceiro Setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*, p.191.

<sup>52</sup> MONTAÑO, Carlos. *Terceiro Setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*, p.168.

## 2 FUGA DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

### 2.1 DO PROCESSO DE QUALIFICAÇÃO

O título de organização social é concedido pelo Poder Executivo à pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que preencha os requisitos previstos na Lei nº 9.637/98. Além da finalidade não lucrativa, outro requisito é o objetivo de natureza social, traduzido no escopo de atender ao interesse comum de toda a coletividade ou de parte razoável desta, ressaltando que a referida Lei, ao indicar em seu art. 1º, *caput*, o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico, a preservação do meio ambiente, a cultura e a saúde como objetivos de tal natureza limitou a concessão do título de organização social somente às entidades que exercem tais atividades<sup>53</sup>.

A Lei das Organizações Sociais exige também a existência de órgãos de deliberação superior e de direção compostos por representantes da Sociedade Civil e do Estado.<sup>54</sup> Por último, é necessária a aprovação da qualificação como Organização social pelo Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao objeto social da entidade.

A aprovação do título, consoante se extrai da redação do art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98<sup>55</sup>, configura ato praticado no exercício da competência discricionária do

<sup>53</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.111-112.

<sup>54</sup> Art. 3º O conselho de administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos: I - ser composto por: a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade; b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto; c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados; d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral; e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto; (...) III - os representantes de entidades previstos nas alíneas "a" e "b" do inciso I devem corresponder a mais de 50% (cinquenta por cento) do Conselho;

<sup>55</sup> Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social: (...) II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor

agente público, tendo em vista que não basta o preenchimento dos requisitos já enumerados para a outorga da qualidade de Organização: o legislador concedeu ao administrador liberdade para decidir quanto à conveniência e oportunidade do ato.<sup>56</sup>

Maria Sylvia Zanella di Pietro critica essa discricionariedade dada ao Poder Público na escolha da entidade que será qualificada, apontando que essa característica deixa clara a intenção de que as organizações sociais, enquanto entidades constituídas *ad hoc* e sem patrimônio próprio, mantenham-se apenas em razão do contrato de gestão. Mais que isso, a autora afirma a necessidade de realização de licitação ou de outro procedimento adequado para a escolha, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.<sup>57</sup>

O Ministro Ayres Britto também não vê com bons olhos o caráter discricionário dado ao ato de qualificação, entendendo que deve ser tratado como ato vinculado, retirando-se do inciso II, do art. 2º da Lei nº 9.637/98 a expressão “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”. Com isso, restariam exclusivamente requisitos de natureza formal, afastando a possibilidade de arbitrariedades por parte do administrador. Aponta o Ministro a necessidade de

proceder um chamamento público, com regras objetivas, para que, de todas as organizações sociais com atuação na área em que pretende agir o Poder Público por modo emparceirado com o setor privado, seja convocada aquela de maior aptidão para realizar a atividade que, em princípio, demandaria atuação estatal por sua exclusiva conta e risco<sup>58</sup>.

Por outro lado, o Ministro Luiz Fux defende a discricionariedade do ato, esclarecendo que o fato de ser discricionário não o torna necessariamente arbitrário, de modo que a análise da conveniência e oportunidade deve observar os princípios

---

ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado. (grifou-se).

<sup>56</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*, p.123.

<sup>57</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p.270-271.

<sup>58</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, Relator Min. Carlos Ayres Britto, Data de Julgamento 31/03/2011, Sessão Plenária, Publicação ata de julgamento: DJE nº 67, de 07/04/2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_rel\\_1923.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_rel_1923.pdf)>, p.25. Acesso em 11/02/2012.

constitucionais que regem a Administração Pública, limites aos quais se acrescenta o controle exercido pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas. Além disso, o artigo 20 da Lei nº 9.637/98 contempla a edição de Decreto para estabelecer as diretrizes e critérios para o processo de qualificação, de modo que as decisões da Administração deverão se pautar nos critérios objetivos fixados nesse ato regulamentar abstrato.

O Ministro aponta, ainda, o processo de desqualificação como forma de limitação à atuação do administrador, destacando a exigência de “um procedimento administrativo formal, com aplicação da garantia da ampla defesa, o que, pelo paralelismo de formas, só reforça a tese de que não há espaço para arbitrariedades da Administração no deferimento do título de ‘organização social’ pelo procedimento de qualificação”<sup>59</sup>.

Há de se considerar, contudo, que a possibilidade de controle até mesmo do ato administrativo discricionário ou a aplicação de um procedimento simplificado para a qualificação não afasta a inconstitucionalidade do art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.637, que abre espaço para tratamento diferenciado das entidades com intenção de receber a qualificação de Organização Social, ainda que atendam igualmente às exigências legais.

Nesse sentido, os ensinamentos de Sílvio Luís Ferreira da Rocha:

A possibilidade de controlar o exercício da competência discricionária não elimina o vício de inconstitucionalidade que atinge o inciso II do art. 2º da Lei 9.637. Com efeito, essa disposição legal, que concedeu competência discricionária à Administração, é inconstitucional por violar o princípio da igualdade, pois, se duas pessoas jurídicas preenchem os requisitos exigidos pelo referido artigo e ambas pedem a qualidade de Organização Social, a Administração não poderá escolher uma das duas.<sup>60</sup>

A solução apontada pelo autor seria, em havendo igualdade entre as pessoas jurídicas, a concessão da qualificação a todas as que se enquadrassem nos

---

<sup>59</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, Min. Luiz Fux, Data de Julgamento 19/05/2011, Sessão plenária, publicação da ata de julgamento DJE nº 100, de 27/05/2011, p. 13.993. Retirado de: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_ADI1923LF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADI1923LF.pdf)>, p.26. Acesso em 11/02/2012.

<sup>60</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*, p.136.

requisitos exigidos, passando a qualificação a ser tratada, assim como sugere o Ministro Ayres Britto, como exercício da competência vinculada. Uma segunda alternativa seria submeter a escolha a um procedimento licitatório, pautado em critérios objetivos e imparciais a fim de que fosse concedida a qualificação à entidade de melhor capacitação<sup>61</sup>.

A respeito das inconstitucionalidades da lei, Andrea Nunes destaca que não se tratam de mero lapso do legislador, mas se prestam a um verdadeiro propósito. No caso da criticada discricionariedade do ato de qualificação, a intenção é de criar entidades a partir das “sobras” de órgãos públicos, que não encontrarão nenhum impedimento para a qualificação como organização social, absorvendo a estrutura funcional, patrimonial e financeira da entidade extinta. Explica a autora que:

Teremos, então, os mesmos servidores, trabalhando no mesmo prédio do órgão público extinto, recebendo verbas públicas e executando serviços públicos, só que agora, sem as limitações da Lei de Responsabilidade Fiscal, sem a burocracia das licitações, sem as dificuldades dos concursos, e tantos outros óbices que, segundo o próprio Governo, “emperram” o funcionamento da máquina estatal.<sup>62</sup>

Sendo assim, não se pode admitir que o ato de qualificação da Organização Social seja ato discricionário, ficando a cargo do administrador decidir sobre a conveniência e oportunidade da outorga do título, em clara ofensa ao princípio da isonomia. A discricionariedade vai de encontro, inclusive, ao propósito da criação desse título jurídico, que tem o condão de “padronizar o tratamento normativo de entidades que apresentem características comuns relevantes, evitando o tratamento legal casuístico dessas entidades”<sup>63</sup>. Tendo em vista que a Lei nº 9.637/98 enumera requisitos formais para a qualificação da entidade, desarrazoado seria aceitar a hipótese de negativa do título para uma entidade e concessão para outra, a despeito do fato de ambas preencherem todos os critérios necessários para tanto.

---

<sup>61</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*, p.137.

<sup>62</sup> NUNES, Andrea. *Terceiro Setor: controle e fiscalização*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p.135-136.

<sup>63</sup> MODESTO, Paulo. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil. *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, vol. I, n. 5, ago/2001. Disponível em <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em 02/10/2012.

Tampouco se pode sustentar que esse vício restaria eliminado pelas várias formas de controle do processo de qualificação, inclusive pela atuação do Ministério Público e a fiscalização do Tribunal de Contas ou mesmo pela possibilidade de desqualificação da entidade. O fato de a outorga da qualificação ser passível de controle não afasta a inconstitucionalidade do art. 2º, II, pois remanesce a violação ao princípio da isonomia. Ademais, cumpre observar que na Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs (Lei nº 9.790/1999), cujas diferenças em relação à Lei das Organizações Sociais são positivas, a outorga da qualificação é ato vinculado, consoante previsão expressa em seu artigo 1º, §2º.

Tarso Cabral Violin coloca a exigência de licitação ou outro procedimento de escolha como solução somente se mantida a previsão legal acerca da discricionariedade do ato, do contrário, pondera o autor que “é claro que o ideal é que a qualificação seja vinculada, ou seja, a entidade atendendo os requisitos legais receberá o título de OS”.<sup>64</sup>

A resposta mais adequada à questão, portanto, parece ser uma das soluções apontadas por Sílvia Luís Ferreira da Rocha, qual seja, a de encarar o processo de qualificação como ato administrativo vinculado, afastando a carga de subjetividade proporcionada pela abertura do referido dispositivo à análise de conveniência e oportunidade.<sup>65</sup> Entretanto, discorda-se da sugestão de condicionar o processo a prévio procedimento licitatório, que deverá, na verdade, ser realizado para a escolha da Organização Social com a qual a Administração Pública irá celebrar contrato de gestão, conforme a seguir será tratado.

---

<sup>64</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as licitações*. In: \_\_\_\_\_. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*, p.333.

<sup>65</sup> ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*, p.123-124.



## 2.2 DA DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA CELEBRAÇÃO DOS CONTRATOS DE GESTÃO

Uma vez qualificada a entidade como organização social, poderá celebrar contrato de gestão, termo também empregado para designar os acordos com as entidades da Administração Pública indireta ou no âmbito da própria Administração direta, embora se trate de realidades diferentes. O contrato de gestão tem previsão constitucional no artigo 37, §8º da Carta Magna, mas não há lei que regule, de forma específica, essa figura do direito administrativo, somente leis tratando de contratos com entidades determinadas.<sup>66</sup> A Lei nº 9.637/98 define os contratos de gestão como “o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades”.

Celebrado o contrato de gestão, forma-se entre a organização social e a Administração Pública vínculo jurídico por meio do qual são estabelecidas as metas a serem cumpridas pela entidade. Em contrapartida, o Poder Público irá auxiliar por meio da cessão de bens públicos, transferência de recursos orçamentários ou cessão de servidores públicos. Diferente do contrato de gestão firmado no âmbito da Administração indireta, o contrato de gestão celebrado com as organizações sociais tem por escopo limitar sua autonomia, submetendo-as às exigências do contrato.<sup>67</sup>

Ocorre que a celebração de contratos de gestão com as Organizações sociais foi incluída pela Lei nº 9.648/98, que alterou a Lei nº 8.666/93, artigo 24, XXIV, como uma das hipóteses de dispensa de licitação. Antes de tratar da inconstitucionalidade desse dispositivo, necessário fazer algumas ponderações acerca da natureza jurídica dos contratos de gestão.

Os contratos de gestão são tratados, pela maioria dos autores, como contratos administrativos. Sílvio Luís Ferreira da Rocha entende que devem se submeter ao regime de direito público, não só pela previsão do art. 37, *caput* e inciso

---

<sup>66</sup> MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. *As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008, p.127-128.

<sup>67</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Público*, p.268-269.

XXI, da Constituição Federal, mas também pela previsão do art. 7º da Lei nº 9.637/98, que determinam a observância dos princípios que regem a Administração Pública. O autor, inclusive, elogia a Lei nº 7.207/1997, do Estado da Bahia, que não deixou margem para interpretação ao definir a natureza pública do contrato de gestão<sup>68</sup>,

Por outro lado, Gustavo Justino de Oliveira afirma que os contratos de gestão não seriam contratos administrativos propriamente, mas “acordos administrativos colaborativos (contrato de gestão externo ou exógeno)”, considerando que o objeto do ajuste não é a aquisição de bens ou serviços junto aos particulares ou transferência de serviços públicos, que haveria conjugação de interesses e também em razão da inexistência de patrimonialidade no acordo.<sup>69</sup>

De qualquer forma, a despeito das peculiaridades observadas nos contratos de gestão, chegando a se aproximar aos convênios, prevalece sua natureza de contrato administrativo, principalmente considerando a existência de interesses contraditórios e a presença de prerrogativas da Administração Pública, demandando a aplicação do regime jurídico de Direito Público.<sup>70</sup>

Ao tratar dos contratos de gestão, apontando seu caráter de contrato administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta a falha do legislador no tocante à dispensa de licitação:

a lei disciplinadora das ‘organizações sociais’ pretendeu, inconstitucionalmente, permitir que travem contratos administrativos com o Poder Público sem licitação e sem qualquer cautela, mesmo a mais elementar, resguardadora dos princípios constitucionais da impessoalidade (prestante para assegurar o princípio da moralidade) garantidora dos interesses públicos.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*, p.141.

<sup>69</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A Constitucionalidade da Lei Federal nº 9.637/98, das Organizações Sociais: (comentários à Medida Cautelar da ADIn nº 1.923-DF, do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito do Terceiro Setor*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul/dezm. 2007, p.195.

<sup>70</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*, p.256.

<sup>71</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*, p.240.

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro, ao enumerar os requisitos necessários para que as organizações sociais estejam em consonância com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, aponta dentre eles a exigência de licitação para a escolha da entidade, bem como a submissão aos princípios da licitação.<sup>72</sup>

Inclusive, Marçal Justen Filho, referindo-se de modo geral à extensão do dever de licitar, ressalta que “equivocam-se os críticos da obrigatoriedade da licitação quando preconizam que as reformas de Estado exigiriam a ampliação da discricionariedade administrativa”.<sup>73</sup>

O Ministro Luiz Fux, em seu voto, toma precisamente a posição criticada por Marçal Justen Filho, fundamentando a legitimidade da hipótese de dispensa do artigo 24, inciso XXIV, da Lei de Licitações no objetivo constitucional que supostamente pretende realizar, o de prestar de forma eficiente os serviços sociais. O Ministro também justifica a dispensa por entender, ao contrário do que já foi aqui exposto, que os contratos de gestão não configuram contratos administrativos e sim convênios. Esclarece, por fim, que a dispensa de licitação não significaria a total insubmissão aos princípios constitucionais:

embora não submetido formalmente à licitação, a *celebração do contrato de gestão* com as Organizações Sociais deve ser conduzida de forma *pública, impessoal e por critérios objetivos*, como consequência da incidência direta dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública”.<sup>74</sup>

Para o Ministro Carlos Ayres Britto, igualmente se justifica a dispensa de licitação pela natureza de convênio do contrato de gestão, ajuste no qual haveria apenas interesses convergentes entre Administração Pública e a Organização social contratada. Contudo, ressalta o Ministro que a dispensa de licitação não implica a

<sup>72</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p.271.

<sup>73</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.374.

<sup>74</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, Min. Luiz Fux, Data de Julgamento 19/05/2011, Sessão plenária, publicação da ata de julgamento DJE nº 100, de 27/05/2011, p. 13.993. Retirado de: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_ADI1923LF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADI1923LF.pdf)>, p.29. Acesso em 11/02/2012.

dispensa de processo administrativo por meio do qual se demonstre a vantagem da escolha do regime de parceria em detrimento da atuação direta do próprio Estado, bem como a exigência de que a escolha se processe de forma pública e objetiva, devidamente motivada.<sup>75</sup>

Para avaliar se foi acertada ou não a opção do legislador ao incluir o contrato de gestão com as organizações sociais como hipótese de dispensa de licitação, necessário, em primeiro lugar, levar em consideração o fato de que, tanto no âmbito privado quanto público, a terceirização não pode se estender às atividades-fim e, no caso específico da Administração Pública, não se admite terceirização do serviço público como um todo.<sup>76</sup> A partir disso, conclui-se que o Estado somente pode repassar para as entidades do terceiro setor suas atividades-meio. É o que destaca Tarso Cabral Violin, de acordo com o qual não é razoável, de um lado, impedir que, por meio dos contratos administrativos da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública terceirize atividades-fim do Estado, sob argumento de que seria burla ao concurso público e, de outro lado, permitir a terceirização dessas mesmas atividades-fim através dos contratos de gestão.<sup>77</sup>

Em face dessa distinção, sustenta-se que, em se tratando de transferência de atividade-meio do Estado, resta caracterizado o fomento, para o qual devidamente se aplica a dispensa de licitação, em razão de o contrato de gestão ter aqui natureza de convênio. Entretanto, no caso de terceirização ilícita, com a transferência de atividades-fim do Estado ou repasse da gestão de todo um aparelho público que presta serviços públicos sociais para as organizações sociais, o que se tem observado na prática, o mínimo que se pode pretender como garantia seria a realização de licitação, bem como concurso público para a contratação de pessoal.

---

<sup>75</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, Relator Min. Carlos Ayres Britto, Data de Julgamento 31/03/2011, Sessão Plenária, Publicação ata de julgamento: DJE nº 67, de 07/04/2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_rel\\_1923.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_rel_1923.pdf)>. Acesso em 11/02/2012.

<sup>76</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p.214-224.

<sup>77</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. Estado, ordem social e privatização – as terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do “terceiro setor. In: \_\_\_\_ *Terceiro Setor e as parcerias com a Administração: uma análise crítica*, p.313.

Além da impossibilidade de celebração de contrato de gestão, convênio ou termo de parceria tendo por objeto atividade-fim do Estado, Tarso Cabral Violin destaca também que não pode ser objeto de tais instrumentos a disponibilização de mão-de-obra, tal qual a de professores para escolas públicas ou de médicos para hospitais públicos.<sup>78</sup>

Por fim, quanto à necessidade de licitação para a contratação das organizações sociais com terceiros, o Ministro Ayres Britto não se manifestou acerca desse ponto. Já o Ministro Luiz Fux, com base na natureza jurídica de Direito Privado das organizações sociais e no fato de que não são componentes da Administração Pública, entende que não se submetem à exigência de licitação, mas devem observar o núcleo essencial da Administração Pública, do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Isso exigiria uma compatibilização entre a incidência dos princípios administrativos e a eficiência almejada pela prestação de serviços sociais por meio das organizações sociais sob o regime de Direito Privado, o que estaria consubstanciado na previsão do artigo 4º, VIII, da Lei nº 9.637/98.

Referido dispositivo trata da competência do Conselho de Administração da Organização Social para a edição de regulamento próprio para contratação de obras, serviços, compras e alienações, bem como para o estabelecimento de plano de cargos, salários e benefícios dos empregados das entidades. Assim, seriam estabelecidas regras objetivas e impessoais para a aplicação dos recursos públicos, sem necessariamente submissão às regras do procedimento licitatório, o qual seria incompatível com a flexibilidade do regime privado.

Entretanto, não se pode admitir que a elaboração de regulamento pelo próprio Conselho de Administração da Organização Social, com regras supostamente objetivas e impessoais, seja suficiente para legitimar a contratação com terceiros sem a submissão ao procedimento da Lei nº 8.666/93. Isso porque, como se busca demonstrar no presente trabalho, a assim proclamada eficiência do regime de direito privado em razão de sua flexibilidade pretende, na verdade, legitimar uma fuga indevida do regime jurídico administrativo, essencial para a

---

<sup>78</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*, p.315.

garantia da boa aplicação dos recursos públicos de que dispõem as organizações sociais.

A reforçar a necessidade de licitação, importante citar a exigência do art. 1º, *caput*, do Decreto nº 5.504/05, que consolidou a regra da IN nº 03/03:

para o âmbito federal, foi instituído o já citado Decreto nº 5.504/05, que estabelece, entre outras coisas, conforme o Tribunal de Contas da União, a exigência de que os contratos de gestão que envolvam repasse voluntário de recurso da União deverão conter cláusulas que determine que as contratações a serem realizadas pelas organizações sociais implemente-se mediante processo de licitação pública, nos termos da Lei nº 8.666/93, e para as contratações de bens e serviços comuns a utilização do pregão, preferencialmente eletrônico, nos termos da Lei nº 10.520/02 e Decreto nº 5.504/05.<sup>79</sup>

Todavia, há quem aponte a inconstitucionalidade de referido Decreto, primeiro por se tratar de imposição de obrigação a particulares pela via de regulamento e segundo porque é norma inferior dispondo de forma diversa da lei que já traz disciplina para a forma de contratação das organizações sociais.<sup>80</sup> Gustavo Henrique Justino de Oliveira sustenta a ilegalidade do Decreto nº 5.504/05 com base na violação ao inciso XXVII do artigo 22 e ao inciso XXI do artigo 37, ambos da Constituição Federal. Esclarece o autor que, para a submissão ao dever de licitar, é necessário que “a entidade detenha com a Administração um vínculo de natureza orgânica, o que, com efeito, não ocorre com as entidades privadas sem fins lucrativos componentes do terceiro setor.”<sup>81</sup>

Contudo, não merecem prosperar tais argumentos, pois o que se sustenta no presente trabalho é justamente a falha do legislador ordinário ao não exigir de forma expressa a realização de licitação para a contratação pelas organizações sociais. A

<sup>79</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*, p.259.

<sup>80</sup> PEREIRA, João Gabriel Gomes. Aspectos Jurídicos dos processos seletivos obrigatórios prévios às contratações com recursos repassados a entidades do terceiro setor. *Revista de Direito do Terceiro Setor*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, jan./jun. 2010, p.102-103.

<sup>81</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. OSCIPs e Licitação: ilegalidade do Decreto nº 5.504 de 05.08. 05. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 12, dez/jan/fev 2008. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 30/09/2012.

obrigação, indevidamente imposta no exercício do poder regulamentar, deveria, na verdade, constar na própria Lei nº 9.637/98.

Inclusive, o Tribunal de Contas da União, a despeito de ter afastado as exigências do Decreto 5.504/05 em relação às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), não o fez em relação às Organizações Sociais, impondo-lhes o dever de licitar nos moldes da Lei nº 8.666/93.<sup>82</sup>

Ora, se não é suficiente a elaboração de regulamento próprio para dispor sobre a contratação, o mesmo se pode dizer acerca da possibilidade de celebração do contrato de gestão com a Administração Pública sem a realização de licitação no caso de repasse de atividade-fim, o que configura, frise-se, terceirização ilícita. Trata-se, consoante já exposto, não de convênio, mas de contrato administrativo que demanda procedimento licitatório antes de ser firmado com a Administração Pública. Também neste caso, não é bastante a elaboração de chamamento público ou outro procedimento de escolha diferenciado, alegadamente mais compatível com a estrutura flexível das entidades do Terceiro Setor.

Equivocou-se, portanto, o legislador ao incluir os contratos de gestão com as organizações sociais dentre as hipóteses de dispensa de licitação. O procedimento licitatório seria fundamental para garantir a escolha da entidade melhor capacitada para prestar o serviço social, bem como a observância dos princípios constitucionais, sobretudo levando em conta o repasse indevido de atividades-fim para as entidades do terceiro setor.

Desse modo, para alcançar compatibilidade com os preceitos constitucionais, vislumbra-se a necessidade de tratar o processo de qualificação das organizações sociais como ato vinculado do Administrador Público, bem como a indispensabilidade de procedimento licitatório para a contratação da Organização Social com terceiros, e para celebração do contrato de gestão quando tiver por objeto atividade-fim do Estado.

---

<sup>82</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 601/2007. 1ª Câmara. Rel. Min. Aroldo Cedraz.

## 2.3 CESSÃO DE SERVIDORES E FORMA DE CONTRATAÇÃO

A Lei nº 9.637/98 prevê a possibilidade de cessão de servidores públicos para a organização social (art. 14), atribui competência ao Conselho de Administração para decidir sobre remuneração dos membros da diretoria, fixação de salários, cargos e plano de carreiras (art. 4º, V, VII e VIII), bem como determina a estipulação dos gastos com pessoal quando da elaboração do contrato de gestão (art. 7º, II). A inconstitucionalidade de tais dispositivos alegada na ADI nº 1.923 reside na discricionariedade na contratação em razão da não elaboração de concurso público e na não fixação e atualização dos salários, estes pagos com recursos públicos, por lei.

Ao analisar tais dispositivos, o Min. Ayres Britto entende que não há inconstitucionalidade no art. 4º e incisos, tampouco no art. 7º, II, tendo em vista que, como as organizações sociais não são parcela da Administração Pública, seus diretores e empregados não são servidores ou empregados públicos, o que afasta a incidência do art. 37, incisos II e X da Constituição Federal. Desse modo, afasta-se a exigência de concurso público ou remuneração fixada em lei, ressaltando que de qualquer maneira o procedimento de seleção dos empregados e fixação dos salários deve ocorrer de forma impessoal.<sup>83</sup>

Por outro lado, a respeito da cessão de servidores de que trata o art. 14 da Lei nº 9.637/98, aduz o Ministro que deve ser aplicado o inciso X, do artigo 37 da Constituição Federal, exigindo a fixação ou alteração da remuneração sempre por lei, ainda que a contraprestação pelo trabalho dos servidores seja ônus do órgão ou entidade cessionária. Disso se extrai a inconstitucionalidade do §1º, do art. 14, na segunda parte em que permite o pagamento de vantagem pecuniária a servidor público pela entidade privada, sem lei específica que o autorize.

Também julgou inconstitucional a parte final do §2º, de acordo com o qual somente não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária pela organização

---

<sup>83</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, Relator Min. Carlos Ayres Britto, Data de Julgamento 31/03/2011, Sessão Plenária, Publicação ata de julgamento: DJE nº 67, de 07/04/2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_rel\\_1923.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_rel_1923.pdf)>, p.28-29. Acesso em 11/02/2012.



social a servidor cedido “com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”. Assim sendo, resta vedado o pagamento de qualquer vantagem pecuniária a servidor público cedido, de tal sorte que o §1º do art. 14 perde sua razão de ser, com base na inconstitucionalidade por reverberação normativa.

No mesmo sentido é o entendimento do Ministro Luiz Fux, para o qual os empregados das organizações sociais são empregados privados, cuja remuneração deve ter por base os contratos de trabalho firmados, sem necessidade de fixação por lei. Igualmente, quanto ao processo de seleção, deve ser praticado de modo impessoal e objetivo, mas dispensando as formalidades do concurso público. Explica o Ministro que:

se a OS não é entidade da administração indireta, pois não se enquadra nem no conceito de empresa pública, de sociedade de economia mista, nem de fundações públicas, nem no de autarquias, já que não é de qualquer modo controlada pelo Poder Público, não há como incidir a regra do art. 37, II, da CF.<sup>84</sup>

Todavia, divergem os ministros no que tange à cessão de servidores públicos. Para o Min. Luiz Fux, não se verifica inconstitucionalidade no art. 14 da Lei nº 9.637/98. Primeiro porque é garantida a remuneração a que faz jus o cargo no órgão de origem, consoante previsão do §3º do artigo citado. Segundo porque é autorizado o pagamento de vantagens pecuniárias aos servidores públicos com recurso do contrato de gestão somente no caso de adicional por exercício de função temporária de direção e assessoria. Terceiro, porque em nenhuma hipótese as vantagens pagas pela organização social, seja com recursos próprios ou com recurso do contrato, será incorporada de forma definitiva aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor. Por fim, porque a própria Lei das Organizações Sociais representaria autorização para o pagamento de verbas pela Organização

---

<sup>84</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, Min. Luiz Fux, Data de Julgamento 19/05/2011, Sessão plenária, publicação da ata de julgamento DJE nº 100, de 27/05/2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_ADI1923LF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADI1923LF.pdf)>, p.32. Acesso em 11/02/2012.

Social aos servidores cedidos, dispensada a exigência de previsão em lei até pela natureza jurídica dessa entidade do terceiro setor. Conclui o Ministro que “entender de modo contrario consubstanciaria, na realidade, uma verdadeira *autarquização* das organizações sociais, afrontando a própria lógica de eficiência e flexibilidade que inspiraram a criação do modelo”.<sup>85</sup>

Conforme se observa, nenhum dos ministros se posicionou de forma totalmente contrária à cessão de servidores. Para o Ministro Luiz Fux, não há inconstitucionalidade nos dispositivos pertinentes à matéria e para o Ministro Ayres Britto, alguns ajustes nos preceitos normativos seriam suficientes para afastar a ofensa à Carta Magna. Entretanto, não se compartilha do entendimento exposto pelos ministros, eis que, se a organização social já recebe recursos públicos para o desempenho de suas atividades, não há de se admitir que faça uso também de servidores públicos para a prestação alegadamente eficiente de seus serviços.

Necessário considerar, ainda, a violação do direito dos servidores cedidos. A respeito disso, Celso Antônio Bandeira de Mello aponta violação aos mais “comezinhos princípios de Direito”, esclarecendo que:

tais servidores jamais poderiam ser obrigados a trabalhar em organizações particulares. Os concursos que prestaram foram para entidades estatais, e não entidades particulares. Destarte, pretender impor-lhes que prestem seus serviços a outrem violaria flagrantemente seus direitos aos vínculos de trabalho que entretêm. Mesmo descartada tal compulsoriedade, também não se admite que o Estado seja provedor de pessoal de entidades particulares.<sup>86</sup>

Sendo assim, mesmo que a cessão do servidor público não seja obrigatória, dependendo de seu consentimento, essa prática ainda esbarra na impossibilidade de a Administração Pública se tornar provedora de pessoal para os quadros das entidades particulares. No Estado de Pernambuco, a Lei estadual nº 11.743, que trata das Organizações Sociais e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse

---

<sup>85</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, Min. Luiz Fux, Data de Julgamento 19/05/2011, Sessão plenária, publicação da ata de julgamento DJE nº 100, de 27/05/2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_ADI1923LF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADI1923LF.pdf)>, p.34. Acesso em 11/02/2012.

<sup>86</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p.246.

Público é elogiada<sup>87</sup> por não contemplar a possibilidade de cessão de servidores públicos, alteração importante em relação à Lei Federal das OS.

Contudo, considerando que os dois primeiros votos, ora analisados, dão um indicativo da posição a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal, provável que a cessão de servidores não seja declarada inconstitucional, de modo que se deve exigir de tal prática no mínimo o sugerido pelo Ministro Ayres Britto: i) fixação e atualização da remuneração dos servidores mediante lei, mesmo com remuneração paga pela entidade cessionária; ii) vedação de pagamento de vantagem pecuniária ao servidor público pela organização social, seja com recursos do contrato de gestão ou com recursos da própria pessoa jurídica de direito privado.

Além desses ajustes para garantir um mínimo de coerência com os preceitos constitucionais, também é necessário fixar limites salariais para a remuneração dos empregados da entidade quando as despesas com pessoal dependam de recursos orçamentários do Estado. Essa é uma das exigências colocadas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro para que as organizações sociais estejam em consonância com os princípios constitucionais que visam à proteção do patrimônio público.<sup>88</sup>

Por último, no tocante à contratação dos empregados das organizações sociais, aplica-se a mesma lógica já exposta no tocante à licitação, de modo que, no caso de transferência de atividade-meio, que configura verdadeiro fomento, não faz sentido a exigência de concurso público. Entretanto, quando houver transferência de atividade-fim, o que foge do âmbito do fomento e representa de fato delegação de serviço público, configura-se burla a princípio constitucional, especificamente do concurso público. E, mais uma vez, a solução colocada pelos ministros, de que mesmo sem as formalidades do concurso público, a escolha deverá ser impessoal e objetiva, não parece a mais adequada.

Isso porque, consoante já demonstrado aqui, a verdadeira intenção por detrás das organizações sociais é a extinção de entidades da Administração Pública

---

<sup>87</sup> “Andou bem a legislação que rege a matéria em Pernambuco - Lei estadual 11.743/2000 e seu Decreto regulamentador – em não contemplar a previsão de tal possibilidade. Entretanto, a mesma legislação estadual inovou para pior tratando das matérias de Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil na mesma lei e no mesmo Decreto regulamentador”. NUNES, Andrea. *Terceiro Setor: controle e fiscalização*, p. 138.

<sup>88</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 270.

para que então passem a atuar sob o título de organização social, com a vantagem de que não se sujeitarão ao regime jurídico administrativo, de tal sorte que a contratação de funcionários sem processo seletivo nos moldes do concurso público é apenas mais uma das facetas dessa fuga indevida do regime de direito público.

### 3 A INSUBMISSÃO A CONTROLES EXTERNOS

#### 3.1 NECESSIDADE DE CONTROLE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

As organizações sociais recebem recursos públicos por meio do contrato de gestão, o que torna indispensável o estabelecimento de formas de controle para verificar a correta aplicação desses recursos, garantindo que foram utilizados para o fim ao qual se destinam. A referência a que a Lei nº 9.637/98 faz a controle, além do controle pelo Conselho de Administração previsto no artigo 4º, é somente o controle, de que trata o artigo 8º e incisos, a ser efetuado pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade desempenhada pela Organização Social, com a apresentação de relatório comparando objetivos propostos e metas alcançadas, que será examinado por uma comissão de avaliação.

O contrato de gestão é, assim, apontado como importante instrumento de controle, cujo acompanhamento e análise viabilizariam a adoção de estratégias mais eficazes, bem como a redefinição de metas estabelecidas, além de permitir o controle também dos gestores da entidade.<sup>89</sup>

Certamente que o controle previsto na Lei é importante para aferição do desempenho da Organização Social e da aplicação adequada dos recursos públicos que administra, mas não pode ser tomada como única e exclusiva forma de controle, tampouco como suficiente para a observância dos princípios constitucionais da Administração Pública.

A Lei não prevê o controle direto pelo Tribunal de Contas, apenas a obrigação de que os responsáveis pela fiscalização comuniquem à Corte de Contas no caso de existência de irregularidades, consoante disposto no art. 9º. Apesar da omissão do legislador, entende-se pela necessidade de submissão das organizações sociais ao controle, frise-se, direto pelo Tribunal de Contas.

A princípio, as organizações sociais, enquanto entidades do terceiro setor, não seriam obrigadas a seguir os padrões de controle fiscal, contábil e financeiros

---

<sup>89</sup> MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. *As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo*, p.152.

estabelecidos nos artigos 71 a 75 da Constituição, aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, integrantes das administrações direta, indireta e fundacionais, regra geral que não se sustenta ante o fato de receberem dinheiro, bens e valores públicos.<sup>90</sup>

A competência do Tribunal de Contas para a fiscalização das organizações sociais encontra fundamento no artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal, de acordo com o qual qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, deverá prestar contas, se utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar dinheiros, bens e valores públicos.

É nesse sentido o posicionamento de Tarso Cabral Violin:

Por mais que a Lei nº 9.637/98 não cite o controle do Tribunal de Contas da União sobre as organizações sociais (ao contrário da legislação das OSCIPs), entendemos que em face ao art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, estas entidades devem prestar contas à Corte de Contas. Assim, tanto o órgão fiscalizador quanto o Tribunal de Contas exercem esta fiscalização. Informamos que o TCU (Decisão nº 592/1998) posiciona-se pela obrigatoriedade das organizações sociais prestarem contas anuais à Corte de Contas.<sup>91</sup>

A respeito da Decisão nº 592/1998, do Tribunal de Contas da União, citada pelo autor, destaca-se o trecho abaixo transcrito:

À luz de dispositivos constitucionais (já considerando o novo texto do art. 70, advindo com a Emenda Constitucional nº 19) e legais (Lei nº 9.637/98), o Grupo de Trabalho entende que as Organizações Sociais submetem-se à égide controladora do TCU. Essa a conclusão expressa no Relatório, a seguir transcrita: "152. Assim, de acordo com o disposto na Lei das OS, os gestores dos recursos dos contratos de gestão se encontram sob a jurisdição dessa Corte de Contas não apenas quando derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário, situação, aliás, na qual se enquadram todos que de alguma forma utilizam ou gerenciam recursos públicos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, entidades públicas ou privadas, consoante comando constitucional insito no

<sup>90</sup> FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle das Organizações Sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.131-132.

<sup>91</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parceiras com a Administração Pública: uma análise crítica*, p.208.

inciso II do art. 71 c/c o parágrafo único do art. 70 da Carta Magna. Mas também, esses gestores, por força da literalidade do comando legal acima transcrito, estão submetidos à fiscalização do TCU quanto a legalidade, legitimidade e economicidade de todos seus atos de gestão que envolvam recursos públicos. Ou seja, o controle externo a ser exercido sobre os contratos de gestão abarca, por imposição legal, o conjunto de atos de natureza financeira, orçamentária e patrimonial praticados pelos responsáveis na execução dos referidos contratos, no que diz respeito a recursos públicos, quanto a sua regularidade e legalidade. Além disso, em vista do comando constitucional contido no art. 70 da CF, a competência desta Corte inclui a fiscalização do aspecto operacional da gestão, o controle finalístico dos serviços públicos, natureza indubitável dos serviços a serem prestados pelas OS.<sup>92</sup> (grifou-se)

Observa-se, assim, que logo após a criação das organizações sociais, o Tribunal de Contas da União buscou sanar a omissão do legislador, desde logo reconhecendo a necessidade de submissão dessas entidades ao seu controle. Em decisão posterior, reafirmou esse entendimento, conforme excerto do Acórdão nº 535/2008 a seguir:

5. Preliminarmente, cumpre informar que não cabem prestações de contas sistemáticas, ao Tribunal de Contas da União, dos recursos repassados mediante convênios ou instrumentos congêneres às entidades privadas sem fins lucrativos (ONGs), à exceção, até o momento, do contrato de gestão.

(...)

7 No tocante ao contrato de gestão, celebrado com as entidades qualificadas como Organizações Sociais, o TCU firmou entendimento, por meio da Decisão 592/1998 – Plenário, de que as contas anuais das entidades têm de ser submetidas a julgamento pelo Tribunal. Portanto, este é o único caso em que uma organização privada tem suas contas ordinárias submetidas sistematicamente à apreciação direta pelo TCU.<sup>93</sup>

No entanto, a controvérsia não foi encerrada. Já em 2007, no Acórdão nº 1952/2007, referente ao projeto de decisão normativa que definiu as unidades

<sup>92</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 592/199. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymle. Publicada no BTCU 63/1998.

<sup>93</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 535/2008. Plenário. Rel. Min. Guilherme Palmeira.

jurisdicionadas da Corte de Contas, decidiu-se que as organizações sociais não tinham obrigação de prestar contas ao TCU, em razão do papel de supervisão já exercido pelos órgãos contratantes, o que foi reiterado no Acórdão nº 613/2008. Em seguida, a decisão Normativa nº 093/2008 indicou as unidades jurisdicionadas cujos responsáveis devem apresentar relatório de gestão, mas sem citar explicitamente as organizações sociais, mantendo a fiscalização indireta exercida pelo Tribunal de Contas. Por último, a Decisão Normativa nº 094/2009 afastou de forma expressa a obrigatoriedade de prestação de contas diretamente ao Tribunal de Contas da União pelas entidades que recebem recursos públicos.<sup>94</sup>

Acerca do tema, o Ministro Ayres Britto se posicionou de forma contrária ao entendimento mais recente da Corte de Contas, colocando que, ao lado do controle da execução do contrato exercido pelo órgão ou entidade supervisora da área da atividade desempenhada pela Organização Social, igualmente deve ocorrer a fiscalização “que já faz parte das competências constitucionais do Ministério Público e dos Tribunais de Contas”.<sup>95</sup> Isso porque, conforme explica o Ministro, também a execução do contrato deve se submeter aos princípios constitucionais da Administração Pública, o que não encontra óbice dos artigos 8º a 10, tampouco no inciso X do artigo 4º, da Lei nº 9.637/98.

De igual modo, o Ministro Luiz Fux reafirmou a submissão ao controle do Tribunal de Contas, esclarecendo que a previsão do art. 4º da Lei, ao falar das atribuições “privativas” do Conselho de Administração, refere-se tão somente à organização interna da entidade, de tal sorte que não afasta a competência constitucional do Tribunal de Contas prevista nos artigos 70, 71 e 74, todos da Constituição Federal. Ainda, acrescenta o Ministro que:

as Organizações Sociais estão inequivocamente submetidas ao sancionamento por improbidade administrativa, caso façam mau uso

---

<sup>94</sup> SCHOENMAKER, Janaína. Terceiro Setor e prestação de contas aos Tribunais de Contas. *Revista de Direito do Terceiro Setor*, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, jul/dez. 2009, p. 85.

<sup>95</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, Relator Min. Carlos Ayres Britto, Data de Julgamento 31/03/2011, Sessão Plenária, Publicação ata de julgamento: DJE nº 67, de 07/04/2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_rel\\_1923.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_rel_1923.pdf)>, p.27. Acesso em 11/02/2012.



dos recursos públicos. A própria Lei nº 9.637/98 faz menção a diversas formas de controle e de fiscalização, conforme se infere da redação dos arts. 2º, I, f, 4º, IX e X, 8º, §§1º, 2º e 3º, art. 9, e art. 10.<sup>96</sup>

Parece mais adequada a posição adotada pelos Ministros Ayres Britto e Luiz Fux, compatível com a exigência de observância dos princípios constitucionais da Administração Pública. A omissão do legislador a respeito da prestação de contas de forma direta ao Tribunal de Contas não pode ser considerada óbice a essa forma de controle, tampouco pode sê-lo a fiscalização a que se refere a Lei a ser exercida pelo próprio órgão ou entidade contratante. Além disso, não se pode tomar como suficiente a supervisão realizada pelo próprio Conselho da entidade tampouco o controle realizado pelo órgão.

Apenas para fazer breve menção ao assunto, a respeito do enquadramento das entidades do Terceiro Setor na tutela da Lei nº 8.429/92, conforme ensina Andrea Nunes, extrai-se do seu artigo 1º que estarão sujeitas à Lei de Improbidade Administrativa as entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício da Administração direta ou indireta. Além disso, destaca a autora que, nas hipóteses do *caput* do dispositivo mencionado, a sanção de ressarcimento se volta para a reconstituição do patrimônio da própria entidade; já nas hipóteses do parágrafo único, a lei visa à reconstituição do ente público que repassou os recursos, com o claro intuito de proteção ao patrimônio público.<sup>97</sup>

Percebe-se, assim, que é grande a preocupação com o controle das organizações sociais, mas também são inúmeras as tentativas de evitar formas de controle mais rigorosas, considerando o entendimento da própria Corte de Contas. Certo é que, em se tratando de administração de recursos públicos, o máximo de cautela é necessário. Considerando que a nível federal somente há cinco entidades

---

<sup>96</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923, Relator Min. Luiz Fux, Data de Julgamento 20.05.2011, Sessão Plenária, Diário de Justiça 30.05.2011, p. 13.993. Retirado de: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748373>>, p. 34.

<sup>97</sup> NUNES, Andrea. *Terceiro Setor: controle e fiscalização*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p.155-156.

qualificadas como Organização Social<sup>98</sup>, talvez a solução para um controle mais amplo e rigoroso seja junto aos tribunais de contas estaduais, para que fiscalizem de forma direta a prestação de contas das organizações sociais de seus estados, a exemplo do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, cujo Regimento Interno prevê de forma expressa sua competência para julgar a prestação de contas dos recursos públicos transferidos às organizações sociais.<sup>99</sup>

### 3.2 DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O título de organização social, conforme visto no capítulo anterior, é concedido pelo Poder Executivo à pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que atenda aos requisitos previstos na Lei nº 9.637/98. Como se sabe, são duas as formas previstas pelo Código Civil sob a qual pode se constituir uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos: associação ou fundação.

O Ministério Público exerce funções de velamento das fundações privadas, entendendo-se como amplo o alcance desse controle, de modo a exercer toda atividade fiscalizadora “em ação contínua e constante, a fim de verificar se realizam os seus órgãos dirigentes proveitosa gerência da fundação, de modo a alcançar, da forma o mais completa possível, a vontade do instituidor”.<sup>100</sup>

A intervenção do Ministério Público justifica-se em razão do interesse público envolvido nas atividades fins das fundações, sendo inúmeras as possibilidades de controle, desde ação judicial para prestação de contas de seus dirigentes até ação de extinção da fundação.<sup>101</sup> Igualmente se submetem ao controle

<sup>98</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*, p.209-10.

<sup>99</sup> Conforme artigo 56, XV. SÃO PAULO. Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/images/lei-regimento.pdf>>. Acesso em: 03/11/2012.

<sup>100</sup> NUNES, Andrea. *Terceiro Setor: controle e fiscalização*, p.117.

<sup>101</sup> Como exemplo das vias que podem ser utilizadas pelo Ministério Público, citam-se “ações judiciais de prestação de contas de seus dirigentes, pedido judicial de nulidade de atos registrares sem a observância das formalidades legais ou estatutárias, afastamento cautelar de seus dirigentes por gestão ruinosa da fundação, sequestro de bens fundacionais irregularmente alienados e até mesmo ações de improbidade administrativa, quando os atos de seus dirigentes de alguma forma importarem em enriquecimento ilícito dos mesmos ou de terceiros, causarem lesão ao Patrimônio Público ou aos

pelo Ministério Público as entidades de Interesse Social que não são constituídas sob a forma de fundação.

Assim como não tratou do controle direto a ser realizado pelos tribunais de contas, a Lei nº 9.637/98 também se omitiu em relação ao controle de ofício pelo Ministério Público, estabelecendo apenas eventual fiscalização quando houver provocação do órgão responsável.<sup>102</sup> Tal omissão, no entanto, não significa o afastamento da legitimidade do Ministério Público na fiscalização das organizações sociais. Trata-se, em primeiro lugar, de atribuição constitucional do Ministério Público, destacando ainda que suas atribuições têm fundamento em legislação específica no campo de controle das fundações e entidades sociais, formatos sob os quais se apresentam, como já demonstrado, as organizações sociais<sup>103</sup>.

Importante citar, deixando de lado a discussão quanto às limitações do emprego da ação popular, a possibilidade de uso desse instrumento para controlar os atos das organizações sociais. Embora se possa argumentar que a ação popular se presta à invalidação de atos ou contratos administrativos ilegais e lesivos ao Patrimônio Público, sendo que as organizações sociais não fazem parte da Administração direta ou mesmo indireta, Sílvia Luís Ferreira da Rocha entende que tendo em vista a amplitude do texto constitucional, cuja redação permite “o uso da ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, é possível concluir pela viabilidade do uso da ação popular para controle dos atos praticados pelas Organizações Sociais.”<sup>104</sup>

O uso da ação popular como instrumento de controle pode ser colocado como uma dentre as hipóteses do controle social previsto no artigo 20, inciso III, da

---

*princípios da Administração Pública, desde que a fundação privada se enquadre no que reza o parágrafo único do art. 1º da Lei 8.429/92, ou seja, ‘entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício, de órgão público’.* NUNES, Andrea. *Op. cit.*, p. 121.

<sup>102</sup> Art. 10. Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

<sup>103</sup> NUNES, Andrea. *Terceiro Setor: controle e fiscalização*, p.137-138.

<sup>104</sup> ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*, p.151-152.

Lei nº 9.637/98, que trata do “controle social das ações de forma transparente”. Seria uma forma de fiscalização direta pela própria sociedade, em caráter preventivo ou repressivo, a exemplo de uma consulta popular formulada pela entidade, antecedendo a realização de um ato ou após a prática do ato por meio de “denúncias, requerimentos ou petições dirigidas diretamente à Organização Social”.<sup>105</sup>

Outro dado a ser considerado é a natureza dos serviços desempenhados pelas organizações sociais, que fazem as vezes do Estado na prestação de serviços que consubstanciam direitos fundamentais dos cidadãos, como ensino e saúde, do que resulta reflexos diretos e eventuais ofensas a interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, para cuja tutela o Ministério Público têm ampla legitimidade.

A Constituição Federal de 1988 elevou o Ministério Público ao *status* de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, conferindo-lhe legitimidade, conforme artigo 129, III, para a promoção da ação civil pública e inquérito civil, voltados para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e também de “outros interesses difusos e coletivos”. Mais tarde, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a proteção estendeu também para os interesses individuais homogêneos, sem restringir tal tutela ao âmbito do direito do consumidor, com aplicabilidade prolongada às ações civis públicas.<sup>106</sup>

Na área da saúde, fica ainda mais clara a legitimação do Ministério Público, eis que evidente a intenção do legislador constitucional por contemplar a natureza dos serviços de saúde como de relevância pública, consoante artigo 197 da Constituição, e ao mesmo tempo incumbir o Ministério Público a zelar pelo respeito dos serviços de relevância pública, promovendo as medidas cabíveis para sua garantia, conforme artigo 129, II, da Constituição.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle das Organizações Sociais*, p.153-154.

<sup>106</sup> ALMEIDA, Gustavo Milaré. *Poderes investigatórios do Ministério Público nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2010, p.51.

<sup>107</sup> VIEIRA, Fernando Grella. Controle das Parcerias na área de saúde e o papel do Ministério Público. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira. *Terceiro Setor e Parcerias na Área de Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.201.

Como exemplo do papel essencial a ser exercido pelo Ministério Público, cita-se a atuação do Ministério Público do Distrito Federal que, em razão de supostas irregularidades na contratação e intermediação de mão de obra, fez uso de Ação Civil Pública em desfavor de Organização Social do Distrito Federal.<sup>108</sup> Outro exemplo é o Ministério Público do Estado de Pernambuco, que ingressou com ação civil pública contra o Instituto Pernambucano de Assistência e Saúde (IPAS), para desqualificação dessa organização social.

Cabe citar, ainda, a Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, cujo sistema de controle é mais refinado em relação ao previsto para as organizações sociais. Andrea Nunes aponta as possibilidades de controle de que trata a Lei nº 9.790/99, dentre as quais se destaca o uso de ação judicial ou processo administrativo pelo Ministério Público para desqualificação da entidade, hipótese também estendida aos cidadãos, vedado o anonimato. Outro aspecto interessante presente na Lei das OSCIPs é a responsabilidade solidária dos responsáveis pela fiscalização, no caso de não comunicarem imediatamente ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público eventuais irregularidades na aplicação de recursos e uso de bens de origem pública pela organização.<sup>109</sup>

Acerca das organizações sociais, os ministros Luiz Fux e Ayres Britto, de forma coerente à posição que tomaram em relação ao controle pelos tribunais de contas, manifestarem-se também pela submissão dessas entidades ao controle e fiscalização do Ministério Público.

Certa é, assim, a legitimação do Ministério Público para fiscalizar de ofício as organizações sociais, não somente por inexistir qualquer óbice legal para tal atividade, mas pelos diversos fundamentos que autorizam a atuação dessa instituição nesse campo, seja em razão de sua atribuição no controle das fundações e associações, seja no seu importante papel na defesa do patrimônio público ou ainda em razão de sua competência para a tutela dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

---

<sup>108</sup> MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. *As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008, p.154.

<sup>109</sup> NUNES, Andrea. *Terceiro Setor: controle e fiscalização*, p.139-140.

Tão clara quanto a legitimação do Ministério Público para a fiscalização das organizações sociais, é a necessidade de mais essa forma de controle para a garantia da observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, sobretudo no tocante à correta aplicação dos recursos públicos empregados a fim de assegurar a qualidade dos serviços prestados e o pleno atendimento às demandas sociais. Afinal, se o fundamento para a flexibilização do regime aplicado às entidades do terceiro setor é a prestação mais eficiente em relação à atuação do Estado, o mínimo que se pode esperar é uma prestação adequada, compatível e proporcional ao volume dos recursos repassados pela Administração Pública.

O novo modelo de gestão trazido pela Reforma Administrativa exige também novas formas de controles, mais refinadas e compatíveis com a realidade que se apresenta. É nesse sentido a conclusão de Andrea Nunes a respeito do controle das entidades do terceiro setor, colocando que não é suficiente o fortalecimento da estrutura interna do controle governamental, mas também é necessária adaptação dos órgãos externos de controle da atividade estatal, tal qual o Ministério Público e Tribunais de Contas, aos novos padrões. Aduz a autora que:

o controle de constitucionalidade da legislação que ampara a Reforma também deve ser feito no momento e na instância adequados. Quando a Reforma se torna uma realidade social, e passa a produzir seus efeitos na população, cabe aos operadores do Direito encará-la, compreendê-la e envidar esforços jurídicos para que evolua de forma adequada e atendendo aos interesses e direitos da sociedade.<sup>110</sup>

Não se quer com essa afirmação desconstruir todo o raciocínio até aqui desenvolvido acerca das inconstitucionalidades da Lei nº 9.637/98. Pelo contrário, o que se busca demonstrar é que, a despeito das inconstitucionalidades, o novo modelo de gestão trazido pela Reforma é uma realidade presente, com efeitos principalmente sobre a população, razão pela qual é fundamental o aprimoramento das formas de controle, não apenas o controle interno realizado pelo Conselho de Administração da Organização social ou pelo órgão ao qual se vincula a entidade,

---

<sup>110</sup>NUNES, Andrea. *Terceiro Setor: controle e fiscalização*, p.142.

mas sobretudo as formas de controle externo, como pelos tribunais de contas e pelo Ministério Público ou mesmo o controle social.

## CONCLUSÃO

Em face das considerações feitas no presente trabalho, é possível concluir que o ideário do terceiro setor como substituto do Estado na execução dos serviços sociais é uma realidade presente no Brasil, mas isso não significa que igualmente se verificam na prática as promessas desse discurso que, inserido na lógica gerencial, enaltece a eficiência das entidades privadas na prestação daqueles serviços, como solução ao suposto engessamento da Administração Pública burocrática, a qual impediria o atendimento de forma satisfatória das demandas sociais.

Ocorre que os defensores do terceiro setor apontam a ineficiência do Estado de bem estar social sem considerar que o Estado brasileiro sequer se consolidou como tal, propondo para uma sociedade que ainda apresenta profundas desigualdades a “privatização” dos serviços sociais, o que é problemático principalmente pelo fato de que as políticas sociais e assistenciais, cujo acesso antes era universal e igualitário, passam a ser realizadas de forma pontual, individualizada.

Pior que isso é a tentativa de neutralizar os conflitos de classe, a partir de uma leitura equivocada do conceito de Gramsci de sociedade civil. Sociedade e Estado não estão em duas esferas separadas, autônomas, de modo que é incorreta a identificação entre terceiro setor e sociedade civil, sendo também incorreta a afirmação presente na literatura do terceiro setor de que com o seu crescimento tem-se o fortalecimento da sociedade, o que não poderia ocorrer com um Estado forte, interventor. Na verdade, dentro do conceito de Estado ampliado, que abarca sociedade civil e sociedade política, cai por terra tal argumento, eis que incompatível com a divisão bipartite da realidade social feita por Gramsci.

Por detrás do discurso do terceiro setor, de autorresponsabilização da sociedade, esconde-se a desresponsabilização do Estado, o que fica bastante claro na forma como foram previstas as Organizações Sociais. Os artigos 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 promovem a absorção dos serviços públicos não exclusivos por essas entidades, ao arremisso do artigo 175 da Constituição, bem como em razão da desoneração do Estado no cumprimento de seus deveres constitucionais. O intuito



da Lei é promover, como já demonstrado, a privatização dos serviços enumerados em seu artigo 1º.

Quanto à fuga ao regime jurídico administrativo, ocorre tendo por fundamento a necessidade de flexibilização no modelo gerencial, mas implica, na prática, uma série de inconstitucionalidades. A primeira delas diz respeito à dispensa de licitação para celebração de contrato de gestão, o que somente seria cabível no caso de repasse de atividade-meio, o que não se verifica na prática, pois também ocorre transferência de atividade-fim, como a gestão de um hospital público, configurando delegação de serviço público, em clara terceirização ilícita. Nesses casos, o mínimo que se poderia exigir seria a realização de procedimento licitatório para a escolha da organização social.

Outro ponto é a possibilidade de cessão de servidores públicos para a entidade, previsão legal que também evidencia a intenção do legislador de que as organizações sociais absorvam atividades desempenhadas por órgãos ou entidades estatais, passando a funcionar com os seus recursos, sua estrutura e seus servidores. Quanto à forma de contratação, aplica-se o mesmo raciocínio exposto no tocante à exigência de licitação: em se tratando de transferência de atividade-meio, não há nenhuma irregularidade, nem burla ao princípio do concurso público. Do contrário, se houver delegação de atividade-fim, trata-se de subterfúgio para evitar as formalidades da licitação e do concurso público.

Por fim, como já dito, o repasse de atividades para o terceiro setor é uma realidade no Brasil e, para além de corrigir as inconstitucionalidades apontadas, também é necessário garantir formas mais rigorosas de controle. A omissão do legislador em relação ao controle externo não representa óbice para sua aplicação, sendo cabível o controle pelos tribunais de contas, levando em conta suas atribuições constitucionais para proteção do patrimônio público, bem como pelo Ministério Público, que além de competência para fiscalizar as fundações e associações tem também legitimidade para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Dada a importância das atividades desempenhadas por estas entidades, com reflexos para toda a população, bem como o uso de recursos públicos, é fundamental o aprimoramento das formas de controle.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gustavo Milaré. *Poderes investigatórios do Ministério Público nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político*. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle das Organizações Sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. v.3. 2. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, João Gabriel Gomes. Aspectos Jurídicos dos processos seletivos obrigatórios prévios às contratações com recursos repassados a entidades do

terceiro setor. *Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTS*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p.97-123, jan./jun. 2010.

MÂNICA, Fernando Borges. O Estado e suas Funções. In: \_\_\_\_\_. *Terceiro Setor e Imunidade Tributária: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.23-65.

MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. *As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil. In: MEREGE, Luiz Carlos; BARBOSA, Maria Nazaré Lins (Orgs.). *Terceiro setor: reflexão sobre o marco legal*. reimp. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2001, p.11-35.

\_\_\_\_\_. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil. *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, vol. I, n. 5, ago/2001. Disponível em: <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em 02/10/2012.

MONTAÑO, Carlos. *Terceiro Setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. São Paulo, Cortez, 2002.

NUNES, Andrea. *Terceiro Setor: controle e fiscalização*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A Constitucionalidade da Lei Federal nº 9.637/98, das Organizações Sociais: (comentários à Medida Cautelar da ADIn nº 1.923-DF, do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTS*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p.177-210, jul/dez. 2007.

\_\_\_\_\_. OSCIPs e Licitação: ilegalidade do Decreto nº 5.504 de 05.08. 05. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 12, dez/jan/fev 2008. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 30/09/2012.

OLIVEIRA, Luiz Gustavo de Castro. O círculo virtuoso das parcerias do Estado com o Terceiro Setor nos contratos de gestão de serviços de saúde. *Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTS*, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p.23-35, jan/jun. 2011.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SCHOENMAKER, Janaína. Terceiro Setor e prestação de contas aos Tribunais de Contas. *Revista de Direito do Terceiro Setor - RDTS*, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, p.69-91, jul/dez. 2009.

VIEIRA, Fernando Grella. Controle das Parcerias na área de saúde e o papel do Ministério Público. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira. *Terceiro Setor e Parcerias na Área de Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.199-205.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: Uma análise crítica*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

\_\_\_\_\_. Peculiaridades dos Convênios Administrativos Firmados com as Entidades do Terceiro Setor. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.